الشريعة الإسلامية في القرآن الكريم

الجزء الثالث

تأليف
عبد السلام التونجي
دكتوراه في علم الشرائع والحقوق



الشريعة الإسلامية

في القرآن الكريم

الشريعة الإسلامية

في القرآن الكريم

الطبعة الثانية

1426 من ميلاد الرسول ﷺ

1997 افرنجي

رقم الأيداع 836

بدار الكتب الوطنية بنغازي

منشورات



الشريعة الإسلامية
في القرآن الكريم
نظرية الحق

تأليف

عبد السلام التونجي

دكتوراه في علم الشرائع والحقوق

الجزء الثالث


بسم الله الرحمن الرحيم

«إني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتاباً في يومه إلا قال في غده لو غير هذا لكان أحسن ولو زيد هذا لكان يُستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل ولو تروى هذا لكان أجمل وهذا من أعظم العبر وهو دليل على استيلاء النقص على جملة البشر».

«العماد الأصفهاني»

الباب الثالث

الحق والأهلية

الفصل الأول

ممارسة المكلف للحق

التكليف بأي حق ما أو التمتع به، سواء كان حقاً لله أو حقاً للعبد منوط معرفته بالإنسان المكلف، إذ عليه أن يدرك بعقله فحوى هذا التكليف، بمعنى أن يدرك ويعرف الحلال والحرام بنفسه، أو بواسطة أهل الذكر في كل ما يستعصي عليه فهمه، ما دام قادراً على ذلك، وبهذا يكون الإنسان أهلاً للتكليف والقيام بحقوق الله، وبمراعاة حقوق العباد واحترامها على أكمل وجه.

كما ينبغي عليه معرفة حقوقه أيضاً والتمتع بها، وفي ضوء هذا نستطيع أن نقول: إن الحق لا بد من أن يكون هناك شخص يتعلق به طلب الشارع على وجه تخييره بالفعل أو الترك.

هذا الشخص هو المكلف بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وعلى هذا لا بد من شروط لصحة التكليف.

فمن هو إذاً المكلف وما هي الشروط الواجب توفرها فيه؟

ـ شروط المكلف للتمتع بالحقوق وممارستها:

يشترط في الإنسان المكلف كي يمارس حقوقه أو يتمتع بها شرطان:

هما القدرة والأهلية:

الشرط الأول: القدرة:

القدرة هي أن يكون المكلف قادراً على فهم التكليف عاقلاً.

والمراد بالقدرة هنا سواء كان المكلف ذكراً أو أنثى، أن يكون قادراً

على فهم التكليف فهماً يوصله إلى معرفة الخطاب من المعاني المسموعة أو المقروءة، في أي وسيلة كانت بمعنى أن يكون قادراً على فهم النصوص الشرعية كالقرآن والسنة بنفسه أو بالواسطة.

ذلك أنه إن لم يستطع فهم هذه النصوص، أو فهم دليل التكليف بحق ما، لا يمكنه أن يحقق الطاعة بما كلف به، بل لا تتجه إرادته إلى قصد الطاعة والامتثال، إن لم يكن قادراً، كأن كان عاجزاً عن الفهم وفي هذه الحالة لا يمكنه بالطبع الامتثال أو الطاعة المقصودين من التكليف، ولا شك أن هذه الميزة وهي القدرة على الفهم لا يمكن أن تتحقق إلاّ بوجود العقل الذي هو عنصر هام لتحقيقها، ذلك لأن التكليف إنما يتوجب على العقلاء، ولا سيما أن أدلة التكليف، إنما هي في متناول العقول وقدرتها، ما دامت العقول هي أداة الفهم.

هذا ولما كان العقل كما هو معروف، أمراً خفياً لا يدرك بالحس الظاهر، إنما يدرك بسلامة التصرفات والأفعال عند الإنسان لذلك فقد ربط الشارع تحقق هذا العقل بالظاهر، بالبلوغ الذي هو قرينة على صحته وذلك لأن العقل متفاوت ولا يناط التكليف بكل قدر من العقول بل يناط بقدر معتدّ به فنيط بالبلوغ، لأنه مظنة كمال العقل، فالتكليف إذن دائر عليه وجوداً وعدماً، فمظنة البلوغ إذن هي مظنة لتحقيق العقل، بمعنى أن من بلغ الحلم دون أن يظهر عليه أدلة خلل في العقل كانت مظنة العقل عنده قائمة، فالبلوغ عند الإنسان إذن قرينة على وجود العقل، إن لم يكذبه الظاهر، كأعراض الخلل بقواه، وعلى هذا الأساس نجد أنه لا يكلف المجنون لفقدان عقله، كما لا يكلف الصبي قبل البلوغ، أو الغافل، أو السّاهي في حال سهوه، ولا النائم، ولا المغمى عليه في حال إغمائه، ولا السكران في حال سكره، لأن هؤلاء نظراً للحال التي هم فيها ليس في استطاعتهم فهم التكليف، لانعدام القدرة عندهم على فهمه في الأحوال المذكورة، من هذا المنطلق ورد حديث رسول الله ﷺ إذ قال:

«رفع القلم عن ثلاثة: ـ النائم حتى يستيقظ ـ والصبي حتى يبلغ ـ والمجنون حتى يفيق.

وقد قال رسول الله ﷺ أيضاً في هذا الصدد:

«من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها إذا ذكرها فإن ذلك وقتها».

وهكذا نجد أن النسيان أو الخطإ: هما مما متفق عليهما على عدم المؤاخذة بهما، وإلى هذا أشار الإمام الشاطبي فقال:

«فكل فعل صدر عن غافل أو ناس، أو مخطىء فهو مما عفى عنه، وسواء علينا أفرضنا تلك الأفعال مأموراً بها، أم منهياً عنها أم لا، لأنها إن لم تكن منهياً عنها، ولا مأموراً بها ولا مخيراً فيها، فقد رجعت إلى قسم ما لا حكم له في الشرع، وهو معنى العفو، وإن تعلق بها الأمر والنهي، فمن شرط المؤاخذة به ذكر الأمر والنهي والقدرة على الامتثال، وذلك في المخطىء والناسى والغافل محال، ومثل ذلك النائم والمجنون والحائض وأشباه ذلك»[1].

ولقائل يقول: كيف يتحقق إيجاب الزكاة أو النفقة والضمان على الصبي والمجنون؟

فالإجابة عن ذلك أن هذه التكاليف ليست لهؤلاء إنما هي تكاليف على أوليائهم لأدائها، وهي حقوق مالية متوجبة في أموالهم، كاداء الضريبة على أملاكهم، كذلك بالنسبة للسّكر فهي صفة تفقد القدرة على التكليف لاختلال القدرة العقلية به وانعدام التمييز، لهٰذا فلا يجوز للسّكران أن يقرب الصلاة. وإلى هذا أشار الله تعالى في كتابه ناهياً عنه فقال:

﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تَقْرَبُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَأَنتُمْ سُكَـٰرَىٰ حَتَّىٰ تَعْلَمُوا۟ مَا تَقُولُونَ . . .﴾[2]

هذه الآية ليس فيها تكليف للسكارى إنما التكليف جاء مطلقاً وهو مترتب على جميع المسلمين في حال صحوهم بأن لا يشربوا الخمر، وذلك منعاً لهم من أن يسكروا فيقربوا الصلاة فلا يعلموا ما يقولون.

---

(1) الإمام الشاطبي الموافقات الجزء الأول ص 165.

(2) سورة النساء، الآية: 43.

ومع ذلك فالملحوظ في هذه الآية أيضاً أن الخمر محرم شربه لمظنة السكر، ودنوّ وقت الصلاة، ووجوب صلاتها في وقتها، وذلك أن السكران لا يعلم حتى يصحو، لهذا فقد امتنع الكثيرون عن شرب الخمر مطلقاً واستمروا على ذلك حتى قبل نزول آية تحريمها في جميع الأوقات والتي تنص:

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِنَّمَا ٱلْخَمْرُ وَٱلْمَيْسِرُ وَٱلْأَنصَابُ وَٱلْأَزْلَٰمُ رِجْسٌ مِّنْ عَمَلِ ٱلشَّيْطَٰنِ فَٱجْتَنِبُوهُ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾[1].

وهذه الآية بلا شك تدل على تحريم الخمر إطلاقاً، ولكن ما هو أثر تصرفات السكران؟

وخاصة في إيقاعه الطلاق، ولقائل يقول:

كيف يسوغ وقوعه والأصل أنه لا تكليف على السكران؟

الجواب عن ذلك أن طلاق السكران على مذهب الحنفية إنما هو عقاب للمطلق على سكره، ولهذا شرطوا لوقوع الطلاق أن يكون المطلق جانياً بسكره، بمعنى أنه قد شرب الخمر طائعاً مع علمه أنه محرم، هذا فيما يتعلق بالقدرة على فهم التكليف في حال وجود الأمور العارضة على الفهم التي تعتري العقل، وتحدث فيه خللاً.

ولكن ما هو موقف المكلفين الذين يجهلون اللغة العربية ولا يقدرون على القيام بفهم التكاليف من القرآن والسنة كالأمم غير العربية كاليابانيين والأتراك والهنود والأعجام وغيرهم، فهؤلاء لا يقدرون على القيام بالتكاليف لانعدام معرفتهم للغة العربية فهل يكون التكليف هنا موقوفاً حتى يتعلموا اللغة العربية؟

من البديهي أن هؤلاء لا يمكن أن يقوموا بالتكاليف قبل فهمها، وفهمها يتوقف على فهم النصوص والأدلة الشرعية.

(1) سورة المائدة، الآية: 90.

ولما كانت الشريعة تخاطب الناس كافة فهي إذن لم تكن قاصرة على جنس دون جنس، أو زمن دون زمن، لأنه سبحانه وتعالى أرسل الرسول رحمة للعالمين، وخاطب بشريعته العالم كله فهو ربه، كما أنه هو المعبود الوحيد إله العالمين.

لهذا فإن الخطاب الذي خاطب الرسول ﷺ به الناس جميعاً إنما هو خطاب عام، وإلى هذا أشار تعالى بقوله على لسان نبيه:

﴿قُلْ يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ إِنِّى رَسُولُ ٱللَّهِ إِلَيْكُمْ جَمِيعًا...﴾[1].

من هذا المنطلق كانت الشرائع الإلهية المنزلة على عباده تحقق القدرة على فهم التكليف والعمل به، إذ كانت الرسل ترسل بلسان قومهم لتبين لهم، قال تعالى:

﴿وَمَآ أَرْسَلْنَا مِن رَّسُولٍ إِلَّا بِلِسَانِ قَوْمِهِۦ لِيُبَيِّنَ لَهُمْ ...﴾[2].

أما بالنسبة للشريعة الإسلامية المنزلة بلسان عربي فكما أن سنة الكون تقتضي اختلاف ألسنة الناس بعضهم عن بعض فإنه لا بد لتحقيق التكليف بالنسبة لمن يجهلون اللغة العربية، لغة القرآن والسنة التي هي لغة الأحكام الشرعية، من وجوب تيسير السبل لتحقيق هذه القدرة لفهم الأحكام الشرعية عن طريق الترجمة أو تعليمهم اللغة العربية والنطق بها.

أو وضع كتب شرعية بلغتهم كي يتحقق شرط التكليف، وهو فهم الأحكام الشرعية بالنسبة للعاجزين عن تفهم اللغة العربية ولا سيما أن التشريع كما ذكرنا موجه للناس جميعاً، وفي غير ذلك يعتبر التكليف تكليفاً بالمحال.

من هذا المنطلق عمدت جمعية الدعوة الإسلامية في طرابلس مشكورة إلى فتح مراكز عديدة في أنحاء العالم للدعوة إلى الشريعة الإسلامية الغراء بلسان عربي.

---

(1) سورة الأعراف، الآية: 158.

(2) سورة إبراهيم، الآية: 4.

فأخذت على عاتقها تعليم اللغة العربية، وتعليم أحكام الشريعة الإسلامية فترجمت القرآن الكريم إلى لغات عدة، كما طبعت بحوثاً علمية إسلامية نشرتها ووزعتها أنحاء العالم كافة تحقيقاً لرسالة الدعوة كل ذلك بلغات عربية أو أجنبية، كما فتحت كلية للدعوة الإسلامية لقبول طلاب من مختلف الأمم والشعوب، سواء من أفريقيا أو من الشرق الأقصى بغية تعليمهم وتزويدهم بأحكام الشريعة الإسلامية ليكونوا دعاة للشريعة في بلادهم يتلقونها باللغة التي يعلمونها والتي بها يمكنهم تفهيمها إلى أبناء وطنهم، وهكذا يستطيع هؤلاء المتخرجون في هذه الكلية أداء رسالة الشريعة الإسلامية.

وهذا باعتقادنا واجب على الدول الإسلامية وحبذا لو انتهجت هذه الدول في كافة أنحاء المعمورة نهج جمعية الدعوة الإسلامية الذي هو من صميم ما أمر الله به إذ قال تعالى داعياً إلى الخير بقوله:

﴿وَلْتَكُن مِّنكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ ...﴾[1].

وقوله تعالى:

﴿... فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَائِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا فِي الدِّينِ وَلِيُنذِرُوا قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوا إِلَيْهِمْ ...﴾[2].

ولنا في رسول الله ﷺ وفي سلفنا الصالح أسوة حسنة، إذ كان من سنتهم أن يرسلوا البعوث إلى أقطار العالم للأمم المختلفة عنهم لغة، ليوجهوا الدعوة في كل إقليم أو قطر بلغته، وهذه من السبل التي تحقق نقل وتفهيم خطاب الشارع إلى غير الناطقين باللغة العربية، فلا بد إذن من تضافر الجهود لتحقيق هذه المهة، وفي غير ذلك تقصير يجعل دائرة الإسلام محصورة وضيقة محدودة، خلافاً لما أراد لها الله سبحانه وتعالى من الانتشار والتعميم، فإذا لم نتبع ما أراده الله نكون بذلك قد أهملنا نشر الدعوة

(1) سورة آل عمران، الآية: 104.

(2) سورة التوبة، الآية: 122.

الإسلامية فيقع علينا إثم هذا الإهمال وتبعة هذا التقصير فتتحقق المساءلة، ويتحقق علينا عقاب الله يوم القيامة.

هذا بالنسبة للسلوك الواجب الاتباع تجاه من يجهل اللغة العربية، أما بالنسبة للناطقين بالعربية، فعليهم أن يأخذوا الأحكام الشرعية من مصادرها من القرآن والسنة، وأن يرجعوا إلى شروحها وإلى مظانها في كتب الأصول والفقه والحديث ليدركوا ما هم مكلفون به، وليدركوا حقوق الله وحقوق العباد وسائر المخلوقات، ولا شك أن هذا لا ينشر إلا بنشر كتب التراث الإسلامي كي تصل مفاهيمها إلى عقولهم ومداركهم وبهذا يميزون بين الحلال والحرام، وبين الحق والباطل سواء كان ذلك بأنفسهم أو كان بالرجوع إلى أهل الذكر بسؤالهم واستقصاء ما يصعب عليهم فهمه، قال تعالى:

﴿. . .فَسْئَلُوٓا۟ أَهْلَ ٱلذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ . . .﴾[1].

وهكذا نجد أن نشر الأدلة التكليفية أضحى واجباً على من كان عالماً بها وقادراً على فهمها، وهذا مستمد مما دعا إليه رسول الله ﷺ في خطبته في يوم حجة الوداع:

«إنه أشهد الله أن بلغ رسالته وأمر المسلمين أن يبلّغ منهم الشاهد الغائب».

وهكذا وجدنا أن التكليف يقتضي على المكلف فهمه وتبليغه للناس وهكذا يقتضي وجود القدرة التي شرطها العقل الذي هو مناطها وأداة الفهم والإدراك عند جميع الناس، إذ بالعقل يتحقق توجيه الإرادة نحو الامتثال والطاعة، لأن الغرض من التكليف أمران:

الأول: امتثال المكلف لمطالب الشارع بما أمر به أو نهى عنه.

الثاني: إقامة الحجة عند إيقاع العقوبة على المخالف غير الممتثل عملاً بقوله تعالى:

---

(1) سورة النحل، الآية: 43.

«لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل» هذا بالطبع يقطع على العاصي تبرير المخالفة بعدم التبليغ.

﴿وَلَوْلَآ أَن تُصِيبَهُم مُّصِيبَةُۢ بِمَا قَدَّمَتْ أَيْدِيهِمْ فَيَقُولُواْ رَبَّنَا لَوْلَآ أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولًا﴾[1].

وبالطبع هذان الأمران لا يمكن أن يحققا غرضهما إلا بفهم التكليف الذي يحقق مصالح العباد التي هي جلب المنافع ودفع المفاسد، بمعنى أن الامتثال وإقامة الحجة لا يتمان إلاّ بفهم الخطاب الوارد من الله سبحانه وتعالى تكليفاً لعباده، وهذا لا يتم عند المكلف إلاّ بالعقل[2]، أو البلوغ وإلى هذا أشار الآمدي فقال:

«اتفق العقلاء على أن شرط المكلف أن يكون عاقلاً فاهماً للتكليف، لأن التكليف خطاب، وخطاب من لا عقل له ولا فهم محال كالجماد والبهيمة، ومن وجد له أصل الفهم لأصل الخطاب دون تفاصيله من كونه أمراً أو نهياً ومقتضياً للثواب والعقاب.

ومن كون الآمر به هو الله تعالى، وأنه واجب الطاعة كالمجنون والصبي الذي لا يميز، فإنه يتعذر تكليفه أيضاً، إلا على رأي من يجوز التكليف بما لا يطاق لأن المقصود من التكليف كما يتوقف على فهم أصل الخطاب فهو متوقف على فهم تفاصيله... وأما الصبي المميز فإنه أيضاً غير فاهم على الكمال ما يعرفه كامل العقل، من وجود الله تعالى، وكونه متكلماً مخاطباً مكلفاً بالعبادة ومن وجود الرسول المبلغ، وغير ذلك مما يتوقف عليه مقصود التكليف فنسبته إلى غير المميز كنسبة غير المميز إلى البهيمة، فيما يتعلق بفوات شرط التكليف».

هذا وبما أن العقل متفاوت في أفراد الناس ابتداءً واستمراراً، لهذا

---

(1) سورة القصص، الآية: 47.

(2) «العقل ومحله عند مالك القلب، وحده بعضهم بأنه العلوم الضرورية كالعلم بأن الاثنين أكثر من الواحد، وأن الجسمين لا يجتمعان في مكان واحد وما أشبه ذلك مما تعم معرفته العقلاء إذ يقال فيه إنه مادة يتأتى بها درك العلوم». ابن رشد في مقدماته ج/1 ص 4.

يتعذر العلم بمعرفة عقل كل شخص، ما إذا كان قد بلغ المرتبة التي هي مناط التكليف أم لا.

لهذا أقيم البلوغ[1] مقامه إقامة للسبب الظاهر مقام حكمه.

ولعل البلوغ قرينة على قدرة العقل للاستدلال به على حدث ما أو الاتجاه به نحو الإيمان أو إدراك الكفر به، فالصبي مثلاً لا يكلف بالإيمان ولا غيره، ولكن يصح لو وقع منه شيء من ذلك اعتباراً لوجود أصل العقل، والمراهة المتزوجة إن غفلت عن الإيمان لا تبين عن زوجها، خلافاً للمعتزلة، بخلاف ما إذا كفرت، فإنها تبين عن الزوج، وعلل ذلك السعد التفتازاني:

«بأننا وضعنا البلوغ[2] موضع كمال العقل عند معرفته، أما إذا عرف بالتوجيه إلى الاستدلال والكفر فلا نلجأ إلى البلوغ[3]».

وخلص الآمدي في هذا المقام إلى وضع معيار دقيق فقال:

«إن المقارنة للبلوغ ولو كان الفارق لحظة واحدة لا عبرة به لأن العقل ولو سبق لحظة البلوغ يعتبر خفياً غير منضبط» واستدل لذلك بالحديث الذي مر معنا سابقاً: «رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يبلغ، وعن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يفيق».

وتجدر الإشارة هنا إلى أن عدم وجوب أداء شيء على الصبي ولو عاقلاً يخالف رأي المعتزلة، إذ يرى هؤلاء وجوب أداء الإيمان فإنهم ذهبوا إلى عقابه بتركه، لأن العقل عندهم كان للحكم، وبناء على ذلك فقد قالوا: إن الصبي العاقل ومن نشأ في شاهق الجبل مكلفان بالإيمان وبإتيان فروعه

---

(1) الآمدي الأحكام في الأصول الأحكام ج 1 ص 215.

(2) يعرف البلوغ بالعلامات الطبيعية اتي تظهر على الصبي والفتاة، وإلاّ حكّمنا السن إذ جعله الفقهاء مظهراً للبلوغ، وقال أبو حنيفة إنه ببلوغ الفتى السابعة عشرة من عمره وبلوغ الفتاة الثامنة عشرة من عمرها، ويقول الصاحبان والشافعي وأحمد بأنه ببلوغ الصبي والفتاة خمس عشرة سنة، الكاساني - بدائع الصنائع ج/7 ص 172.

(3) التفتازاني - التلويح ج/3 ص 150.

تفصيلاً فيما يدرك العقل تفصيلاً، وإجمالاً فيما لا يدرك العقل تفصيله فإن لم يؤمنا عذبا[1].

هذا وبعد أن بيّنا المقصود من الفهم الذي يتحقق بتحقق القدرة سواء كان مردها إلى العقل أو البلوغ لا بد لنا من بحث الأهلية التي هي الأساس، إذ من لا تتحقق فيه القدرة على الفهم لا يكون أهلاً للتكاليف في ممارسة الحقوق، لهذا كان لا بد لنا من بحث الشرط الثاني للتكليف وهو الأهلية وأقسامها، ومتعلقاتها، وعوارضها التي تؤثر فيها فتنقصها أو تعدمها، وما لذلك من أثر على تصرفات الشخص في ممارسة حقوقه.

الشرط الثاني: الأهلية

الأهلية: معناها في اللغة الصلاحية: يقال فلان صالح للنظر على الوقف، أي أهل له فهي إذن في هذا المفهوم تعني صلاحية الإنسان لصدور الشيء عنه وطلبه منه وقبوله إياه.

وفي اصطلاح الأصوليين، الأهلية تعني صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه واعتبار فعله شرعاً، وقيل أهلية الإنسان للشيء صلاحيته لصدور ذلك الشيء وطلبه منه، وفي لسان الشرع عبارة عن صلاحيته لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، وهي الأمانة التي أخبر الله عز وجل بحمل الإنسان إياها بقوله: «وحملها الإنسان»[2].

فالأهلية على ما ذكر هي صفة تفيد صلاحية الشخص لثبوت ووجوب الحقوق المشروعة له أو عليه بمجرد وجوده في الحياة، وتثبت هذه الصلاحية لأن تكون للإنسان الطبيعي حقوق وتترتب عليه واجبات دون أن يتوقف ذلك على قدرته على مباشرة كسب هذه الحقوق أو التحمل على الواجبات، وهذه يسميها علماء الأصول بأهلية الوجوب أو ما تسمى بالاصطلاح القانوني الشخصية القانونية، وهذه الصفة ثابتة في الشريعة

(1) صدر الشريعة ـ التوضيح والتنقيح ج/ 3 ص 150.

(2) كشف الأسرار لعبد العزيز البخاري على أصول الإمام فخر الإسلام علي بن محمد البزدوي ج/ 4 ص 1357.

الإسلامية لشخصية الإنسان سواء كان حراً أو رقيقاً على خلاف القانون الروماني الذي لا يعتبر الرقيق شخصاً تثبت له الشخصية القانونية إنما يعتبره مجرد شيء، وهكذا يتبين لنا كيف تتجلى الشريعة الإسلامية بنظرتها الإنسانية وبعد نظرها.

على أن الأهلية التي تثبت للشخص في الشريعة الإسلامية تشترط لاعتبارها والقدرة على مباشرة الكسب والتحمل بالواجبات، أن يكون الإنسان مميزاً حتى يسوغ له التمتع بأهلية التعامل وإن لم يكن كذلك فلا يصح منه إلزام أو إلتزام.

بمعنى أنه لا تتحق له أهلية الأداء، وبهذا قسم الفقهاء الأهلية إلى قسمين أهلية وجوب وأهلية أداء وسنعرض كل واحدة منها تباعاً.

أهلية الوجوب

عرف الفقهاء أهلية الوجوب بقولهم: إنها صلاحية الشخص لوجوب الحقوق المشروعة له أو عليه، هذا الشخص في المنظور القانوني سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً اعتبارياً، فهو صالح لأن تكون له حقوق وتجب عليه واجبات، وهذه خاصة خصّ الله بها الإنسان عن الحيوان.

وهذه الخاصة يسميها الفقهاء الذمة التي بها تثبت للإنسان حقوق قبل غيره، وبها توجب واجبات أو التزامات لغيره.

بمعنى أن الأهلية مرتبطة أصلاً بالذمة كاستحقاق الشخص لقيمة متلفات أتلفها له الغير، يستحق بدلها في ذمة هذا الغير، وانتقال الملكية لمال منقول لشخص ما سواء كان ذلك تبعاً لعقد الانتقال أو تبعاً للميراث.

أو وجوب النفقة له على غيره من أقربائه، وكذا حق الشخص في ثبوت نسبه لأبيه، وحقه في أن تكون حضانة الصغير لأمه، وكذا حق الشخص في استحقاق الوصية الموصى له بها، وحقه فيما يوقف عليه من أموال، كل هذه الحقوق يتمتع بها الإنسان تبعاً لأهلية الوجوب.

كما تجب عليه واجبات يلتزم بها كالتزامه بدفع ثمن المبيع الذي اشتراه وكذا التزامه بدفع النفقة لقريبه تبعاً لما توجبه النصوص الشرعية أو وجوب الزكاة في ماله عند تحقق النصاب، كل هذه الخصوصية موجودة في الإنسان منذ بدء ظهور الحياة عنده وهي ملازمة له ملازمة الروح للجسد، بغض النظر عن تحقق صفة التمييز أو الإدراك، إنما هي قائمة عند الإنسان منذ ثبوته جنيناً في بطن أمه وقبل انفصاله عنها وعلى هذا الأساس قال الأصوليون:

إن أهلية الوجوب تبنى على الذمة فحيث تتحق الذمة[1] تثبت له الأهلية وقد جاء في كتاب كشف الأسرار لعلي البزدوي:

«أما أهلية. فأصلها الصلاح للحكم أي لحكم الوجوب بوجه، وهو المطالبة بالواجب أداءً وقضاءً... وهي لا تثبت إلاّ بعد وجود ذمة صالحة، لأن الذمة هي محل الوجوب، ولهذا يضاف إليها ولا يضاف إلى غيرها مجال، ولهذا اختص الإنسان بالوجوب[2]».

على أن هذا الوجوب أداء وقضاء منتف بالنسبة للصبي ولو بمجرد العقل، إذ لا تكليف ولا خطاب على الصبي ما لم يعتدل حاله بالبلوغ، وتعليل ذلك:

«إن الآدمي يولد وله ذمة صالحة للوجوب له وعليه لإجماع الفقهاء فيجب عليه الثمن ويثبت له الملك، ولو انقلب طفل على مال إنسان فأتلفه يضمن، غير أن الوجوب غير مقصود بنفسه بل المقصود حكمه، وهو الأداء عن اختيار ليتحقق الابتلاء.

ولم يتصور ذلك في حق الصبي لعجزه، فجاز أن يبطل الوجوب ولا يثبت لعدم حكمه فما كان من حقوق العباد كضمان الإتلاف وثمن المبيع، ونفقة الأقارب، لزمه وأداء الولي من مال الصبي يقوم مقام أدائه لنفسه، غير أن ما كان عقوبة أو جزاء كالقصاص وحرمان الميراث فإنه لم يجب عليه لأنه لا

---

(1) الذمة تفسر في اللغة بالعهد والأمان، وقد سمي المعاهد ذمياً نسبة إلى الذمة التي هي بمعنى العهد، أما فقهاء الشرعية فعرفوها بأنها وصف يعتبر به الإنسان أهلاً لماله وما عليه.

(2) علي بن محمد البزدوي - كشف الأسرار ج/4 ص 1257.

يصلح لحكمه وهو المطالبة بالعقوبة أو الجزاء، وما يحدث من ضرب الطفل عن الإساءة ليس من نوع الجزاء وإنما هو من حق التأديب، وما كان من حق الله فإنه يجب على الصبي متى صح القول بحكم وجوب الحق لله كالعشر والخراج، إذ المقصود منهما المال وأداء الولي كأدائه، ومع هذا فالعبادات الخالصة لا تجب عليه إذ العبادات فعل يحصل عن اختيار على سبيل التعظيم ولا يتصور ذلك منه وكذا العقوبات كالحدود والقصاص[1]».

فأهلية الوجوب إذن في ضوء ما ذكرناه نجدها ثابتة لكل إنسان تبعاً لتكريمه باعتبار إنسانيته، سواء كان ذكراً أو أنثى جنيناً أم طفلاً مميزاً بالغاً رشيداً أم سفيهاً، صحيح الجسم أم معتله، عاقلاً كان أم مجنوناً.

فهذه الصفة هي خصوصية فطرية لكل إنسان ولا يوجد في الحياة إنسان عديم أهلية الوجوب، وهذا مما يميز الإنسان عن الحيوان ويدلل على إنسانيته.

عناصر الأهلية

أهلية الوجوب لها عنصران:

العنصر الأول: الإلزام

وهو ما يؤهل الإنسان لثبوت الحقوق له دون ثبوت حقوق عليه، بمعنى أن هذا العنصر يتوقف على الأهلية القائمة أي يفيد صلاحية الإنسان للإلزام، وهذا العنصر قائم ومتحقق للإنسان الطبيعي قبل ولادته أي منذ كونه جنيناً في بطن أمه وذلك بإجماع الفقهاء، فثبوت الحق للإنسان إذن تبعاً لهذا العنصر يتوقف على أهلية قائمة فيه لأن تجب له حقوقه، وهذا هو مفاد مفهوم العنصر الأول.

العنصر الثاني: الإلتزام

وهو يؤهل الإنسان لثبوت الحقوق عليه، بمعنى أن هذا العنصر يتوقف

(1) ابن مالك ـ المنار ص 938.

على قيام الأهلية منذ ولادة الإنسان حياً وهذا يعني توفر العنصر الثاني من الأهلية وهو قابلية الشخص بهذا العنصر للإلتزام أي المديونية، على أن هذا العنصر الثاني لا يمكن تصور قيامه إلا بتصور محل يستوعب استقرار هذا الحق وهو المديونية.

فالعنصر الثاني من أهلية الوجوب إذن هو أهلية الإنسان لأن يكون مديناً، وهذا العنصر هو الذي يستدعي وجود الذمة، ومن هذا نجد أن أهلية الوجوب والذمة لا تثبتان إلا لشخص حي ولا تثبتان لغيره، وهذا ما جعل الفقهاء يقولون بعدم وجود ذمة للشخصية الاعتبارية.

هذا ونظراً لتعلق الأهلية بالذمة يحسن بنا أن نبحث مفهوم الذمة ودلالتها.

الفصل الثاني

الذمَّــة

الذمة لغة هي العهد[1]، والعهد يقتضي مراعاته واحترامه، لهذا يذم كل من ينقض العهد ولا يرعاه، قال تعالى:

«لا يرقبون في مؤمن إلاّ ولا ذمة[1]».

أي عهداً، والمعاهدون يسمون بأهل الذمة، وفي حديث رسول الله ﷺ:

«المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم».

فالمسلم إذن إذا أعطى عهداً للعدوّ فليس له أن ينقضه، كما أن المقيمين من غير المسلمين في دار الإسلام على عهدهم، ويسمون بالذميين فأهل الذمة إذن هم أهل العهد والأمان[2]، أما الذمة في المفهوم الفقهي فتفيد معنى الوعاء الاعتباري الذي يعي الديون الثابتة على الإنسان[3].

فالذمة على ما ذكرناه إنما تستوعب الحقوق والالتزامات.

هذا وعرفت الذمة عند علماء الأصول:

«بأنها خاصة من خواص الإنسان ترجع إلى تركيبه من بدن ونفس ناطقة وقوة مشاعر ليس لغيره من الحيوان والجماد، مما يجعله صالحاً للإلزام والالتزام.

---

(1) الذمة العهد والأمان والضمان وسمي المعاهد ذمياً نسبة إلى الذمة بمعنى العهد المصباح المنير.

(2) ابن الأثير النهاية.

(3) مصطفى الزرقاء، المدخل لنظرية الالتزام في الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد ص 207.

فالإنسان ما دام متمسكاً بعهده وملتزماً به، فالعهد إذن هوالمنشأ للاستحقاق لأي حق ما، ويضحى الملتزم بالتزام ما هو المسؤول عن أداء هذا الحق، وبهذا أضحت الذمة موطناً لطلب الالتزام منها، فحيث توجد الذمة إذن يوجد العهد، وتتحقق بالتالي المطالبة التي تتوجه إليها، وهكذا أضحت الذمة محلاً للواجبات والالتزامات المالية، وهذا هو المراد بها عند فقهاء الشريعة الإسلامية.

فالذمة إذن لا تستوعب الالتزامات فقط، وعلى هذا نلاحظ أن العهد هو المصدر الذي ينشأ منه الذمة، وهذه الذمة إذ تنشأ من العهد فهي التي تعتبر كسبب لصلاحية الإنسان للوجوب، أي هي السبب في أن تثبت للإنسان أهلية الوجوب ويقول البزدوي في هذا الصدد بعد أن يقرر أن الذمة تولد بولادة الطفل حياً:

«أما أهلية الوجوب فهي بناء على قيام الذمة إذ لا تثبت هذه الأهلية إلا بعد وجود ذمة صالحة، لأن الذمة هي محل الوجوب ولهذا يضاف إليها ولا يضاف إلى غيرها»[1].

وعلى هذا يكون ثبوت الدين في الذمة لا في الأهلية، ومن هذا المفهوم نستطيع أن نقول إن الذمة والأهلية مفهومان مختلفان، وإن كانت الذمة هي أساس لأهلية الوجوب، وتأكيداً لهذه التفرقة قال البزدوي:

«إن ولي الطفل إذا اشترى بحكم ولايته شيئاً له بعد ولادته فإن الطفل يملكه ويلزمه الثمن، أما قبل الولادة فلا، لأنه كالجزء من أمه فليس له ذمة مطلقة، فيكون صالحاً لأن يجب الحق له، لا لأن يجب عليه[2]».

وهكذا نجد أن أهلية الوجوب متصلة بالجنين منذ علوقه في بطن أمه فتثبت له الحقوق فقط، ولا تثبت عليه إلا بعد الولادة، لأن قابليته الالتزام تعتمد على قيام الذمة ووجودها، وهذه بالطبع لا توجد قبل الولادة، فأهلية التحمل هي قابلية الالتزام ومتى اعتبرت للشخص أهلية التحمل شرعاً اعتبرت

---

(1) البزدوي ـ أصول فخر الإسلام وشرحه لعبد العزيز النجاري ج/4 ص 237.

(2) البزدوي ـ المرجع السابق ص 239.

له ذمة، ومتى اعتبرت له ذمة اعتبرت له أهلية تحمل ولكن ليست تلك الأهلية هي الذمة نفسها بل بينهما من الفرق ما بين القابلية ومعنى المحل.

إذ المحل هو المعنى الحقيقي لكلمة الذمة بنظر الفقهاء، ويدل على هذا التغاير مع التلازم بين مفهومي الذمة وأهلية التحمل أن الفقهاء في عباراتهم إنما يصورون الحق والذمة في صورة الشاغل والمشغول، فيقولون:

«إن ذمته مشغولة بكذا ويقولون بأن الدين في الذّمة وصف شاغل لها».

فهذا يفيد أن الذمة غير أهلية الوجوب، فالذمة إذن تفيد الظرفية والاستيعاب لا الأهلية وإن كانا متلازمين وجوداً[1] وهي على هذا الأساس مقدّرة في الإنسان بها يقبل الإلزام والالتزام أي بها يصبح أهلاً لوجوب ماله وما عليه، وهكذا تضحى الذمة تشمل معنى أهلية الوجوب بعنصريها.

وقد أشار إلى ذلك الإمام القرافي فقال:

وهذا المعنى جعله الشارع مسبباً عن أشياء خاصة منها البلوغ ومنها الرشد، فمن بلغ سفيهاً لا ذمة له، ومن حجر عليه فقد ذمته كالمفلس[2].

ويبدو أنه بهذا الاتجاه أضفى على الذمة معنى أهلية الأداء التي تشترط لصحة التصرفات ونفاذها البلوغ والعقل فمن فقد هذه فلا ذمة له، أي ليس له أهلية أداء، لأن المفلس والمحجور والطفل غير المميز وإن لم يكن لهؤلاء أهلية أداء فلهم أهلية وجوب كاملة بمعنى أنه تثبت لهم الحقوق وعليهم فيرث كل منهم ويوهب له، ويملك ما يوهب له، كما تجب عليه النفقة ولو كان غنياً، ويضمن كل ما يتلفه للغير. والسؤال الآن في ضوء ما عرضناه، هل الذمة لها وجود حقيقي، أم أنها شيء افتراضي لا وجود له؟

حقيقة الذمة:

يبدو أن نصوص الفقهاء متفقة على أن الذمة أمر مقدر وجوده في

---

(1) مصطفى الزرقا المرجع السابق ص 210 ـ 211.

(2) أحمد بن أدريس القرافي ـ الفروق ج/3 ص 226.

الإنسان فهي ليست بذات وجود حقيقي إنما هي افتراض مفترض على أنه ابتعاد عن هذا الاتجاه، ذهب بعض الفقهاء إلى القول:

«إن الذمة نفس لها عهد»[1].

ومن هؤلاء البزدوي والنسفي إذ يقول النسفي:

«بأنها نفس ورقبة لها ذمة وعهد، ومعنى وجب في ذمته كذا، أي وجب على نفسه باعتبار كونه محلاً لذلك العهد الماضي المشار إليه في قوله تعالى:

﴿وَإِذْ أَخَذَ رَبُّكَ مِنۢ بَنِىٓ ءَادَمَ مِن ظُهُورِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ وَأَشْهَدَهُمْ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ أَلَسْتُ بِرَبِّكُمْ ...﴾[2].

فالآدمي إذ خلق، خلق له هذا العهد، والذمة بدليل الآية التي ذكرناها وبدليل قوله تعالى أيضاً:

﴿وَكُلَّ إِنسَٰنٍ أَلْزَمْنَٰهُ طَٰٓئِرَهُۥ فِى عُنُقِهِۦ ...﴾[3].

وقوله تعالى:

﴿إِنَّا عَرَضْنَا ٱلْأَمَانَةَ عَلَى ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَٱلْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَن يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا ٱلْإِنسَٰنُ ...﴾[4].

وبهذا ثبت للناس جميعاً بسبب هذا العهد ذمة كانوا بها أهلاً للوجوب[5]».

ويقول التفتازاني عن الذمة:

«إنها أمر لا معنى له، وإنها من اختراعات الفقهاء للتعبير عن وجوب

---

(1) البزدوي في المرجع السابق.
(2) سورة الأعراف، الآية: 172.
(3) سورة الإسراء، الآية: 13.
(4) سورة الأحزاب، الآية: 72.
(5) كشف الأسرار علي البزدوي ج/4 ص 1357.

الحكم على المكلف وثبوته في ذمته ولا ضرورة للقول بأن لي في ذمة فلان كذا[1]».

بمعنى أنه يكفي أن الشارع يمكّن الدائن من استيفاء حقه من المدين، فالذمة إذن ليست من قبيل التصور الوهمي، وأنها ليست بمعناها اللغوي فقط، إذ هذا يجعل الصغير والمجنون لا ذمة لهما، باعتبارهما لا يصح صدور عهد عنهما، مع أن الحقوق عليهما ولو لم يكن لهما مال، حيث تستوفى منهما الحقوق بعد تملكهما للمال، وعلى هذا فلا بد من تقرير الذمة للشخص، وأنها المحل لثبوت الحقوق فيها، وهي ليست من قبيل الافتراض أو التصور الوهمي، وفي غير هذا أمر لا يأتلف مع منطق الأمور وحقيقة الواقع التي لا مجال لإنكارها بل يجب إقرارها، إذ جميع الشرائع تفترض وجودها فهي كالأهلية من خصوصيات الإنسان، وإلى هذا أشار القرافي إذ اعتبر أن الذمة والأهلية من خصوصيات الإنسان ولا تثبتان لسواه، كما لاتثبتان له قبل وجوده حياً وهي تنتهي بانتهاء حياته[2]، وعلى هذا فلا تثبت الذمة والأهلية للشخص الاعتباري ولهذا قال الفقهاء إن الوقف لا ذمة له، وإن الاستدانة من القيّم لا تثبت الدين في الوقف، إذ لا ذمة له.

«وخلاصة القول في تحديد مفهوم الذمة: إنها وصف شرعي افتراضي يكون الإنسان به أهلاً لماله ولما عليه، أي أن الذمة هي محل اعتباري مقدر. في الشخص تشغله الحقوق التي تتحقق عليه سواء كانت مالية أو كانت أعمالاً مستحقة كقيام الأجير بعمل ما، كما تشغلها حقوق الله من صلاة وصيام ونذور وغيرها أو حقوق العبد من نسب ووصية وإرث واستحقاق في الوقف إلى غير ذلك.

خصائص الذمة:

بعد أن عرفنا الذمة يحسن بنا زيادة في تحديدها أن نذكر خصائصها فقد حدد الفقهاء لها خصائص وهي:

(1) سعد الدين التفتازاني ـ التلويح على التوضيح ج/2 ص 161.

(2) الفروق ج/1 ص 252.

أولاً: ثبوت الذمة للشخص:

إن الذمة ثابتة لكل شخص مستقل سواء كان شخصاً حقيقاً أو اعتبارياً وبهذا فلا ذمة ولا أهلية للبهائم، ولا شك أن هذا له أثره البعيد في مفهوم المسؤولية، إذ من لا ذمة وأهلية له لا مسئولية عليه، وهذه ميزة يتجلى فيها عمق أحكام الشريعة الإسلامية وإنسانيتها على خلاف القوانين القديمة التي كانت تسائل الحيوانات «فالحيوانات إذن لا ذمة لها ولا تملك أي حق ما، كما إذا وقف إنسان على حيوانات، أوصى لها بنفقة ما، فلا يصح عليها الوقف لأنها لا تملك إنما تصح الوصية بالإنفاق عليها، لأن نفقة الحيوانات على مالكها حتى أن هذه الوصية تتم بقبوله وترتد برده احتراماً لإرادة الموصي استحقاقاً للحيوانات.

هذا كما أن الجنين في بطن أمه لا ذمة له، ولا تثبت له الحقوق لأن شخصيته ملتصقة بأمه وهو جزء منها وتابع لها، وإن كانت تتحقق له قابلية الإلزام أي ثبوت حقوق محددة له، بمجرد ولادته حياً، وهي النسب والارث، والوصية، والاستحقاق في الوقف، وعلى هذا فلا تصح الهبة للحمل.

ثانياً: إلزامية الذمة:

المراد بالزامية الذمة للشخص أنه لا يوجد شخص بلا ذمة خاصة به فهي إذن من لوازم الشخصية سواء كانت طبيعية أم حكمية، فما دام الإنسان بمجرد ولادته حياً تولد معه أهلية الوجوب فإنه لهذا لا يتصور وجود شخص مستقل بدون ذمة سواء كان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً، بمعنى أن الذمة مرتبطة بالشخصية ارتباطاً لازماً لا تنفك عنها وهي تدور معها وجوداً وعدماً فلا توجد إذن ذمة مالية سائبة، فحيث توجد الشخصية توجد معها الذمة، وحيث تنعدم تنعدم معها، وعلى هذا فلا توجد ذمة كما قلنا للحيوان ولا للجماد، كما لا تثبت لأي مجموعة يخالف وجودها النظام العام لأن الشخصية الاعتبارية إذ تتمتع بذمة إنما تتمتع بذلك تبعاً لوجودها المعترف بها شرعاً.

ثالثاً: وحدة الذمّة:

المراد بوحدة الذمة أن لكل شخص ذمة واحدة فهي لا تتعدد عند الشخص الواحد لكنها تتسع لكل ما يتصور من الحقوق لأن الذمة كما عرفنا هي ظرف اعتباري لا تتعدد، ولو تعددت مشاريع الشخص لأن الذمة لا اشتراك فيها تبعاً لخاصية وحدة الذمة، كما أنه لا يتصور وجود ذمة واحدة لشخصين، لأن الأصل أن كل شخصية متلازمة مع ذمتها، فالذمة إذن وحدة لا تتجزأ مهما تعددت المشاريع سواء كانت تجارية أو زراعية أو صناعية إذ جميع هذه المشاريع مضمونة بذمة واحدة، وهذه لا تتأثر بالتوزيع، كما لا تقبل التخصيص لعمل دون عمل، أو تخصيص ذمة لكل عمل.

إذ جميع الحقوق التي تترتب على أي عمل من الأعمال مجموعة في ذمة مالكها ومضمونة بأمواله تبعاً لقاعدة: «إن أموال المدين ضامنة لوفاء ديونه» فالديون متى استقرت في ذمة المدين ألزم بها، وتساوت حرمتها ومراتبها، إلا ما استثناه الشرع تبعاً لماهية الدين أو أولويته تبعاً لصفته بما قرر له امتيازاً وتقديماً في الاستيفاء.

وهذا بالطبع لا يمكن أن يقضي على خاصية وحدة الذمة وانفراد الشخص بذمة واحدة، وإن كان بعض الفقهاء القانونيين يرون أنه في حالة الامتياز من المعقول قبول الفكرة التي نادى بها الفرديون بأن يكون رصيد كل فعالية من الفعاليات الاقتصادية على اختلاف مشاريعها عنصراً مستقلاً من عناصر الذمة المالية العامة وقائماً فيها(1). كما ذهب بعضهم الآخر إلى القول: بأن الذمة المالية هي المظهر المالي للشخص تتمثل فيها كافة الفعاليات الاقتصادية من حقوق والتزامات قائمة، وحالة في الحال، أو ستترتب في المستقبل فهي وحدة قانونية تامة وكاملة لا يتأثر وجودها بالعناصر الجزيئية المكونة لها أو المتغيرة أو المتبدلة على مرّ الزمان تبعاً لفعالية الإنسان الاقتصادية في المجتمع، إذ أن مادة الحقوق والالتزامات للإنسان موجودات مالية، قائمة، وما قد ستوجد في المستقبل جميعها

---

(1) عدنان القوتلي ـ الوجيز في الحقوق المدنية ص 523.

تخضع للتصرف لإرادة الإنسان نفسه، هذا جميعه أذ تكون الذمة، ولا يؤثر على وجودها أو انعدامها، فهي خاضعة لتصرف الشخص تبعاً لإرادته وقدرته القانونية، وبالتالي فإن الذمة المالية العامة كلٌ قانوني مستقل[1]، كما أن وجودها يستقل عن وجود محتوياتها.

رابعاً: ـ الذمة غير قابلة للتصرف أو التنازل عنها ببدل أو بغير بدل:

الذمة باعتبارها لصيقة بالشخصية فهي مثلها غير قابلة للتخلي عنها بل يستحيل تصور ذلك، وهذا نتيجة اتصافها بالصفة الملازمة للشخصية، لهذا فلا يستطيع أي إنسان أن يتنازل عن ذمته للغير جملة واحدة، وإذا كان الإنسان يتنازل عن بعض مفرداتها حال حياته لخلف خاص، فإن هذا التصرف إنما هو صورة عن انتقال بعض مفردات الذمة المالية من أعيان أو أموال إلى الغير، الذي يتلقاها من المتصرف بسبب من أسباب كسب الملكية، وبهذا يضحى المتصرف له خلفاً خاصاً عن المتصرف بالأموال التي تصرف بها، فهي بهذا تخرج من ذمة المتصرف لتدخل في ذمة المتصرف له الذي هو الخلف الخاص، على أن انتقال بعض محتويات الذمة إلى الخلف الخاص مقبول بالتعليل الذي ذكرناه، ولكن كيف نعلل انتقال الذمة المالية بالوفاة إلى الخلف العام؟

وهل تبقى متصفة بالذمة أم أنها أضحت تركة؟

يرى بعضهم أن عناصر الذمة من حقوق والتزامات تنتقل بوفاة المورث إلى الورثة وهذا الانتقال لا يعني انتقال الذمة المالية للشخص بمجرد وفاته إلى الورثة إنما تعتبر امتداداً لشخصية المورث واستمرارها الفترة الزمنية الكافية لتصفية التركة حيث تنتقل بمجموع محتوياتها كوحدة كاملة شائعة كأعيان أو أموال مجزأة أو حقوق معينة هذه الوحدة إذ تنتقل كتركة فهي كتلة شائعة فيعتبر بها الورثة جميعهم أو الموصى له لحصة شائعة من التركة خلفاً عاماً، وبعين معينة بالذات يعتبر خلفاً خاصاً[2].

(1) حسن كيرة أصول القانون ص 669.

(2) عدنان القوتلي المرجع السابق ص 524.

وهكذا تنتهي ذمة المتوفى بمجرد توزيع محتوياتها وفقاً لأحكام الورثة كل ذلك بعد سداد الديون، أما فقهاء الشريعة فقد ذهبوا في انهدام الذمة أو انحلالها مذاهب مختلفة ويحسن بنا أن نستعرض وجهة نظرهم فيما يلي:

ـ في انهدام الذمة:

تقدم معنا أن ذمة الشخص تلد معه بمجرد ولادته حياً، وإذا كان كذلك فمن البديهي أن تنهدم وتنتهي بموته ولكن السؤال الذي يثور هل الذمة تنهدم فوراً بالوفاة أم أنها تمتد ولو لفترة أو مدة بعد الوفاة؟

ويبدو أن هذا السؤال هو الذي أثار وجهات نظر الفقهاء المختلفة متجسدة في ثلاثة آراء. وهي:

الرأي الأول: ـ أن الذمة تنتهي بمجرد الوفاة لأنها من خصائص الشخص الحي، وهي التي توجه المطالبة إليها في حال حياة صاحبها، وبالموت تتفرغ من محتواها ويخرج الشخص عن صلاحية المطالبة فتنهدم الذمة.

فإذا توفي الشخص المدين دون أن يترك مالاً تسقط ديونه، وإن ترك مالاً تعلقت ديونه بماله وهذا ما ذهب إليه بعض الحنابلة[1].

الرأي الثاني: ـ أن الذمة تبقى صحيحة بعد وفاة صاحبها ريثما توفَّى ديونه وتصفَّى تركتُه فتنهدم بعدئذ.

ودليل هذا الرأي مستمد من حديث رسول الله ﷺ إذ قال:

«إن ذمة الميت مرتَهنة بدينه حتى يقضى عنه».

وإذا كان الشخص بالموت يخرج عن صلاحية المطالبة في الدنيا إلا أن هذا لا يعني عدم بقاء الذمة وصلاحيتها لأن تشغل بدين ما وذلك لصحة الكفالة بعد الموت إذ الموت وإن كان يزيل الشخصية إلا أنه لا يزيل آثارها من ذمة وأهلية بل يعتبر للذمة وأهلية الوجوب استمرار مؤقت بعد الوفاة،

---

(1) عبد الرحمن بن رجب القواعد ص 193.

وذلك تبعاً لما تقتضيه مدة تصفية الحقوق التي كان لها ارتباط بأعمال الشخص في حياته، فمثلاً لو نصب أحد شبكاً حال حياته، ثم مات ووقع أي صيد فيه فإن هذا الصيد يعتبر ملكاً للمتوفى ويدخل في تركته.

وكذلك لو قام حال حياته بحفر حفرة في الطريق العام ثم مات فوقع فيها إنسان أو حيوان فإن المتوفي يضمن ما كان باشره في حياته بمعنى أن ذمة الميت تشغل بمقدار الضرر ويؤخذ التعويض من تركته.

ومع ذلك فإن تقدير هذا الاستمرار وزمنه بالنسبة إلى الذمة والأهلية إنما هو حالة استثنائية قضت الضرورة بها تبعاً لمقولة:

«الضرورات تقدر بقدرها[1]».

هذا يعني أنه يبقى للميت العنصر الثاني من أهلية الوجوب وهو قابلية الالتزام التي هي لصيقة بالذمة ولا تنفك عنها.

وقد نقل عن المالكية ما يفيد اعترافهم ببقاء الذمة بعد الوفاة تبعاً لبقاء العنصر الأول منها، وهو قابلية الإلزام، فقالوا بجواز الوصية لميت.

ولو كان الموصي عالماً بموت الموصى له، إذ الوصية هنا جائزة إذ يصبح المال الموصي به من شمول تركته وتقضى منه ديون الميت وتنفذ منه وصاياه ثم يؤول الباقي إلى ورثته[2].

الرأي الثالث: ـ إن الوفاة لا تقضي على الذمة وتهدمها إنما تضعفها، كما هو الشأن في أهلية الوجوب، وبهذا نجد أن الموت لا يبقي الأهلية والذمة على حالهما كما كانتا في حال حياة الشخص، إنما تبقيان بما تصلحان فيه لحالات الضرورة اقتضاء لتسوية الحقوق، وثبوت الأحكام التي بدأت أسبابها في حال حياة الشخص.

ولهذا نجد أن الذمة التي يطرأ عليها الضعف ابتداءً حال مرض الموت تبقى صالحة لتوثيق الديون التي على الميت بتعلقها بماله تقوية لذمته.

(1) شمس الدين بن شهاب الدين الرملي ـ حاشية الرملي على أسنى المطالب ج/2 ص 235.
(2) موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي ـ المغني ج/6 ص 436.

وهذا يدل على أن الأصل انهدام الذمة وبطلان الأهلية بمجرد الوفاة ومع ذلك تبقيان مستمرتين على وجه الاستثناء والتوقيت تبعاً لما تقتضيه فترة تصفية الديون وفقاً للمصلحة وللضرورة التي تقدر بقدرها، والتي تؤخذ على وجه التضيق لا التوسع.

وعلى هذا لاحظ الفقهاء أن الإنسان بعد موته يملك ما لم يكن مالكاً له حال حياته، كما يضمن ما لم يكن ضامناً له قبل وفاته، مثال ذلك:

من نصب شبكاً للاصطياد ثم مات فوق فيه صيد فقد ملكه، ويعتبر هذا داخلاً في ملكه على الرغم من أن الشخص قد توفي قبل أن يقع الصيد في شبكه، فاكتساب الملكية هنا، إنما تم بسبب بقاء جزء من أهلية الإلزام التي يثبت بها حق للميت، وكذا لو حفر شخص قبل وفاته حفرة فوقع فيها إنسان، فالضمان يعتبر هنا قائماً على الميت بعد الموت وهذا دليل على اعتماد بقاء أهلية التزام له.

وكذلك بالنسبة لحق المشتري في فسخ البيع بعد موت البائع بحكم قيام شرط خيار العيب، فإن المبيع يعود إلى البائع بعد موته إذا فسخ العقد تبعاً كخيار العيب وفي هذا إلزام والتزام للميت، إذ تعود له ملكية المبيع كما يستحق عليه الثمن وهذا دليل على بقاء أهلية وذمة الميت تبعاً للضرورة[1].

وعلى هذا فلا يمكن إذن اعتبار أن الملكية بعد الوفاة في الصور المذكورة إنما هي للورثة رأساً، وخاصة في الضمان المتحقق لسبب يرجع إلى ما قبل الموت كما في صورة حفر الحفرة، لأن الورثة إنما يخلفون الميت فيما له من أموال لا فيما عليه من التزام.

لأنهم غير مسئولين بذممهم عن أفعال الميت وأعماله قبل موته، لهذا فإن حق المضرور يتعلق بالتركة لا بذمة الورثة، وبما أن التعلق بسبب الضمان لا يكون في المال مباشرة، إنما يكون عن طريق الذمة، لأن المال غير مسئول، لهذا وجب تقدير بقاء الذمة، وهذا رأي الأحناف في فرضية

(1) علي الخفيف ـ الحق والذمة ص 93 ـ 95.

بقاء الذمة بعد الموت، وهي بالطبع كما قلنا قائمة استثناء تبعاً للضرورة التي تقضى ببقائها بعد الموت، وإذا لم تكن هناك ضرورة فتعتبر الذمة مهدومة بعد الموت، لهذا لا يصح في نظرهم أن يوصى للميت أو يوهب له.

وعلى هذا قال أبو حنيفة بعدم صحة كفالة دين الميت بعد موته إذا لم يترك مالاً، لأن دينه عندئذٍ كالساقط من الذمة لعدم إمكان المطالبة به.

على خلاف ما قاله الصاحبان والأئمة الثلاثة، إذ تصح عندهم هذه الكفالة لأن ذمة الميت مشغولة به في الواقع[1].

(1) كشف البزدوي المرجع السابق - ج/4 ص 315.

الفصل الثالث

ارتباط الحقوق بالأشخاص وأثرها على الذمة

لما كانت الذمة والأهلية مرتبطتين بالأشخاص، وقد علمنا سابقاً أنه لا يوجد شخص دون أهلية أو ذمة، لهذا نستطيع إن نقول ان الشخصية على هذا الأساس مدار الحقوق ومنشأ فكرتها.

وإذا كان كذلك، فمن المقرر إذن أن الأشخاص هم أهل لاكتساب الحقوق ولتحمل الواجبات، وعلى هذا فلا يتصور أشخاص دون حقوق ما دام الأشخاص متزاحمين في الحياة تجاه المنافع الحيوية، وإذا كان الأمر كذلك، وأن الأشخاص مخلوقون فلا بد من أن نتساءل متى تنشأ شخصيتهم ومتى تنتهي بل ومتى تغيب؟

بمعنى أننا نبحث عن الشخصية الطبيعية لمعرفة حقيقتها ومعرفة خصائصها والأحكام التي تترتب عليها، سواء ما يتعلق بالفرد أو بأسرته، وسواء ما يتعلق بأحواله الشخصية من زواج وطلاق وما ينشأ عنهما أو ما يتعلق بعلاقاته المالية وما يتولد عنها من حقوق وواجبات، وهذا ما يدخل في شمول المعاملات المدنية التي تتعلق بالأموال والالتزامات.

وهكذا نخلص إلى القول:

إن الشخصية الطبيعية تمارس الحوق وتتمتع بها على اختلاف أنواعها سواء كانت عبادات أو أحوالاً شخصية أو معاملات.

كما أن جميع الحقوق فيها حلّ وحرمة، كما يوجد فيها نواح مالية، ولا شك أننا إذ نبحث في مؤلفنا هذا نظرية الحق فإننا لن نتعرض في بحثنا هنا إلى دراسة الأموال لأنها موضوع دراسة خاصة وإن كانت هي مادة الذمة

المالية ومحتواها، سواء كانت الأموال أموالاً قيمية أو مثلية، أو أعياناً أو منافع[1].

لهذا فإننا سنبحث هنا الشخصية باعتبارها مرتبطة بالذمة والأهلية مقتصرين على الشخصية الطبيعية والشخصية الاعتبارية.

1 ـ الشخصية الطبيعية:

عرفنا أن الشخص هو الإنسان إذ هو فرد من أفراد الناس، له ذمة وأهلية، وشأنه شأن غيره فله حقوق وعليه تترتب واجبات، وله أن يمارس حقوقه على اختلاف أنواعها أنّى شاء.

وكذا ما كانت تتعلق بالأحوال الشخصية من زواج وطلاق ونفقة ونسب ووصية، وما يتفرع عنها، إلى غير ذلك مما تتضمنه كتب الأحوال الشخصية مما يتعين علينا في ضوء هذا أن نبحث الشخصية من ناحية بدئها أو انتهائها.

أ ـ في بدء الشخصية الطبيعة:

من المسلم به عند الفقهاء أن شخصية الإنسان تبدأ بالاعتبار الشرعي منذ علوقه في رحم أمه شريطة أن يولد حيّاً، ولو تقديراً[2] ويعتبر الولد حيّاً إذا خرج أكثره وهو حي.

---

(1) المنافع لا تعتبر ثروة في نظر الأحناف لأنها لا يتم فها الإحراز والإدخار، فهي ليست أشياء مادية موجودة، إنما هي أعراض تحدث تدريجياً تبعاً لمرور الزمان (كتاب الغضب بدائع الصنائع ج/7 ص 145)، ولهذا ذهب اجتهادهم إلى أن المنافع ليست ذات قيمة في نفسها، وإنما ورد تقويمها في الشرع بعقد الإجازة على خلاف القياس للحاجة.

بينما ذهب الاجتهاد الشافعي والحنبلي إلى اعتبار المنافع أموالاً متقومة في ذاتها لأنها هي المقصودة من الأعيان، إذ الحاجات تقاس بمنافعها وعلى هذا أجازوا أن تكون المنفعة مهراً.

لهذا فهي مما تدخل في شمول الأموال عملاً بقوله تعالى:

﴿أحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين﴾.

وعلى هذا ألزموا أيضاً الغاصب بأجر مثل المغصوب طيلة مدة الغصب سواء انتفع الغاصب من منافع المغصوب أو لم ينتفع منها.

(2) المراد بالحياة التقديرية هو توقع ولادته حياً، كما هو الحال في حالة إسقاط الجنين بجناية، كما لو ضرب شخص امرأة حبلى فسقط الجنين ميتاً فإنه يرث ويورث (رد المحتار).

ومرد ذلك أن الفقهاء أثبتوا للحمل حقاً في الإرث، ووجب إن مات مورثه، أن يوقف له أكبر النصيبين على تقدير كونه ذكراً أو أنثى.

وعلى هذا تصح له الوصية والوقف عليه، على أن يتحقق وجوده في الرحم عند الوصية والوقف عليه، وبأن يولد لا أقل من ستة أشهر من تاريخها، لأن هذه المدة هي أقل مدة الحمل.

وذلك كي ينتفي إمكان حصول حمل بعدها، وصححوا الإقرار للحمل إذا بيّن المقر سبّباً صالحاً لاستحقاق الحمل من وصية أو إرث[1].

ـ في انتهاء الشخصية:

تنتهي الشخصية الطبيعية عند الفقهاء بالموت حتى ولو كانت الحياة لمدة قصيرة جداً.

إذ بالموت تزول الشخصية ولكن لا تزول آثارها بزوالها من أهلية أو ذمة.

فهذه تعتبر قائمة ومستمرة بعد الموت للمدة التي تقتضيها تصفية الحقوق المالية التي كان لها ارتباط بأعمال الشخص في حال حياته.

وعلى هذا فالشخص بعد وفاته يملك ما كان سبب ملكه في حياته كمن نصب شبكاً للصيد فوقع فيه الصيد بعد وفاة الشخص، فإن هذا الصيد يدخل في ملكه ويعتبر من شمول تركته.

وكذا بالنسبة للالتزامات، فإذا قام بعمل في حياته كان سبباً في ضمانه، فإن ذمة الميت تشغل بهذا الضمان وتنفذ من تركته، وهنا نلاحظ أن استمرار الأهلية والذمة هنا يعتبر حالة استثنائية اقتضتها الضرورة كما مر معنا سابقاً.

علاقة الأهلية بالأشخاص:

إن أهلية الأشخاص من الوجهة الحقوقية ترافق وجودهم وحياتهم وما دام الأمر كذلك فإن الأهلية نوعان:

---

(1) ابن عابدين الدر المحتار ج/4 ص 455.

أهلية تحقق للأشخاص صلاحهم لثبوت الحقوق لهم أو عليهم وهي ما تسمى بأهلية الوجوب كما مر معنا وقد حددنا مفهومها.

وأهلية: تؤهل للأشخاص حق ممارسة الأفعال وصحتها وهي ما تسمى بأهلية الأداء. وسنفرد لها بحثاً خاصاً.

أما بالنسبة لأهلية الوجوب فقد قسمها الأصوليون إلى قسمين أهلية ناقصة وأهلية كاملة.

- في أهلية الوجوب الناقصة:

هذه الأهلية محققة بالنسبة للجنين قبل ولادته شريطة أن ينفصل كله عن أمه حياً.

أي أن تتحقق حياته ولو للحظة بصرف النظر عن أنه مستكمل وقابل للحياة أم لا، ما دامت حياته تحققت آثر انفصاله عن أمه، ومرد اعتبار أهلية الوجوب هذه ناقصة لأن الجنين عادة يحتمل الحياة والموت قبل وجوده في الدنيا، فلولا وجوده ولو كان حكمياً لما تحققت له الأهلية ولم تثبت له مطلقاً.

هذا من جهة ومن جهة ثانية أن أهليته لا تشمل الواجبات كلها، لأن ثبوتها يكون بفعل يرتكبه الشخص أو بالتزام يلتزمه، وهذا بلا شك غير متصور من الجنين نفسه نظراً لعدم وجوده في الدنيا، كما أنه غير متصور للجنين أيضاً لعدم تفرده في الدنيا لوحده فضلاً عن أن الجنين ليس له ولي ينشيء عنه حقوقاً. إذ الولاية عليه لا تثبت بنظر الفقه الإسلامي إلا بعد ولادته حياً، وإن كانت تجب للجنين الحقوق التي تحتاج إلى قبول، ولا سيما إن التصرفات الانفرادية تنشأ بإرادة المقر وحده وتنشيء له حقوقاً، كما هو الشأن في الإقرار بالزواج إذ قد تنشأ بحكم الدم كثبوت النسب أو بالإرث، لأن الوراثة خلافة عن الميت، كما تثبت للجنين أيضاً الوصية استحساناً دون حاجة إلى قبول.

وإن كان أصحاب المذهب الشافعي والحنابلة يرون أن الوصية للحمل يتم قبولها ممن له الولاية على مال الجنين بعد ولادته حياً.

هذا أما الحقوق التي تحتاج إلى قبولها فلا تثبت للجنين لأن الجنين في الفقه الإسلامي ليس له ولي عليه ولا وصي حتى يقبل الهبة عنه ويصح القبول مثلاً.

على أن الشريعة الإسلامية إذ أجازت إقامة أمين أو حارس ليحافظ على مال الجنين، فإن هذا الأمين لا يعتبر في حكم الوصي، ولهذا لا يملك التصرف باسم الجنين على أن مذهب مالك أجاز تعيين ولي على مال الجنين ليقبل عنه الوصية، فله على هذا أن يقبل الهبة، ولا سيما أن الهبة فيها نفع محض له.

وخلاصة القول إن الجنين يتمتع بأهلية وجوب ناقصة فتثبت له أربعة حقوق:

النسب، الإرث، الوصية له، والوقف عليه:

كل هذا شريطة أن يتحقق وجوده شرعاً أي وجوده في الرحم عند هذه التصرفات، سواء عند الوقف عليه أو الإيصاء له، وفي حالة الإرث يقتضي أن يتحقق موت المورث.

هذا ولكي تثبت هذه الحقوق المذكورة تقتضي أن يولد الجنين حياً لأقل من ستة أشهر من تاريخ قيام أي سبب من أسباب الاستحقاق، ومدة الستة الأشهر هذه هي أقل مدة الحمل[1].

وبذلك ينتفي إمكان حصول الحمل بعدها، وعلى أن يولد قبل انقضاء أكثر مدة الحمل من تاريخ انحلال الزوجية بين أمه وأبيه عند الإحياء والوقف إذا كانت الزوجية منحلة، لأن ولادة الجنين حياً لأكثر من مدة الحمل[2] هذه

---

(1) أقل مدة الحمل ستة أشهر وغالبها تسعة أشهر وأكثرها سنتان شرعاً (المادة 332 من قانون الأحوال الشخصية على مذهب الأمام أبي حنيفة النعمان ـ محمد قدري باشا).

(2) تصح الالتزامات للحمل من وصية وغيرها إذا كان والد الحمل متوفي، وولد الجنين لأقل من سنتين من تاريخ وفاة والده وهي أكثر مدة الحمل عند الأحناف لأن نسبه يثبت ولو ولد لهذه المدة إذ يعتبر وجوده قائماً قبل الوفاة على أن قانون الأحوال الشخصية السوري المادة 130 منه اعتبر أكثر مدة الحمل سنة شمسية إذ قال:

«إذا لم تقر المطلقة أو المتوفي عنها زوجها بانقضاء عدتها يثبت نسب ولدها إذا ولدته خلال سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة ولا يثبت لأكثر من ذلك إلاّ إذا ادعاه الزوج أو الورثة.

تثبت عندئذٍ نسبه من أبيه وهذا بالطبع يستلزم اعتبار علوقه ووجوده قبل انحلال الزوجية.

وفي جميع الأحوال أن الإقرار للحمل بحقٍّ ما يصح ويثبت للحمل إذا بين المقر سبباً يصلح معه لتملك الجنين لأي حق من الحقوق المذكورة من إرث ووصية أو وقف، على خلاف الهبة التي اختلف فيها بالنسبة للحمل على ما وضحناه سابقاً.

هذا ومن آثار نقص أهلية الوجوب للأشخاص أنه من الناحية الحقوقية تجعل شخصيتهم قاصرة لوجود النقص سواء كان طبيعياً كصغر السنّ أو طارئاً كحالة الجنون، والعته، والسفه، ولما كان لا بد من صيانة حقوق ناقصي الأهلية، لهذا فقد أوجد الشارع النيابة الشرعية لتحقق هذه الصيانة وتخوّلهم حق ممارسة التصرفات التي يحتاج إليها القصَّر وهذا ما يستدعي إعطاء فكرة عن النيابة.

النيابة الشرعية عن الغير:

هي التي تتحقق بالولاية أو الوصاية أو القوامة أو الوكالة القضائية. فالولاية تتم عادة من أب أو غيره وتنتهي عادة ببلوغ القاصر ثماني عشرة سنة إلا إذا حكم باستمرار الولاية عليه لسبب من أسباب الحجر، أو يبلغها معتوهاً أو مجنوناً فتستمر الولاية عليه من غير حكم أما القوامة فتتم على المجانين والمعتوهين والمغفلين والسفهاء.

أما الوكالة القضائية فتتحقق عن المفقودين.

- حق النسب:

يدخل حق النسب في شمول الأهلية الناقصة وهو يتعلق بالأحوال الشخصية للإنسان ويترتب عليه نشوء أمور ثلاثة وهي:

حقوق الأرث، حقوق النفقة، والسلطة الأسرية.

فالنسب إذ هو حق لكل إنسان ينتمي به إلى أب أو أم، ويترتب على ثبوته جميع نتائج القرابة والإرث.

هذا والقاعدة العامة في ثبوت النسب:

«أن الولد للفراش وقد نص عليه حديث نبوي، بمعنى أن كل فراش مشروع بين الزوج والزوجة يفيد حق الاستمتاع، فالولد الناجم عن هذه العلاقة يضاف نسبه إلى الزوج إلا إذا تيقن الزوج أن الولد ليس منه فقد شرع المشرع له طريق اللعان[1] لنفي نسب الولد وهو أربع أيمان يحلفها الزوج أمام الحاكم موثقة بدعاء يحلفها على صدق اتهامه لزوجته، وتحلفها الزوجة بناء على طلبها تكذيباً له وتبرئة لنفسها.

هذا والنتيجة التي تترتب على اللعان أن يفرق الحاكم بين الزوجين. كما يقطع نسب الولد عن أبيه ويلحق بأمه، كما أنّ الفرقة باللّعان طلاق بائن. وما لم يفرق الحاكم بين الزوجين بعد اللعان، فالزوجية قائمة ويجري التوارث بينهما إذا مات أحدهما وكان الآخر مستحقاً للميراث، وإنما يحرم على الملاعن وقاع المرأة والاستمتاع بها.

كما أن حرمة الفرقة باللعان تدوم ما دام كل من الزوجين أهلاً له، فإن خرجا أو أحدهما عن أهليته جاز للزوج أن يتزوج المرأة في العدة وبعدها[2].

وهذا والملاحظ أن النسب له حالتان:

1 ـ نسب غير معتبر:

2 ـ ونسب مجهول:

أ ـ أما عن النسب غير المعتبر: وهو الذي لا يستند إلى طريق حل مشروع، ولا إلى شبهة حل وبهذا يكون الاتصال بين الرجل والمرأة في هذه الحالة من قبيل الزنى المحض ولا يعتبر به الشرع نسباً، ويثبت به على رأي الأحناف حرمة التناكح في القرابات من الزنى بمعنى أنه لا يجوز للرجل مثلاً أن يتزوج ابنته أو أخته من الزنى وعلة ذلك قاعدة حرمة المصاهرة.

---

(1) اللعان حلف زوج على زنا زوجتهِ أو نفي حملها اللازم له وحلفها على تكذيبه إن أوجب نكولها حدّها بحكم قاض (محمد بن يوسف العبدري ـ التاج والأكلليل لمختصر خليل ج/4 ص 132).

(2) المادة 340 من قانون الأحوال الشخصية ـ محمد قدري باشا.

ب ـ أما عن جهالة النسب: فهو ألاّ يكون للشخص نسب شرعي معروف به في أي مكان، وفي هذه الحالة يسوغ لكل واحد أن يدعي نسبه منه ويثبته إذا صدقه على ألا يكون ظاهر الحال يكذبه كمن يدعي نسب إنسان يساويه في السن أو يكبره أنه ابنه أو يعترف لمجهول النسب بأنه أخوه، وبهذا يحمل النسب على الغير.

وفي هذا إلزام لأبيه لا يسري عليه إلاّ بتصديقه به، وكذا المرأة المتزوجة أو المعتدة لا يثبت نسب الولد من زوجها إلا بمصادقته أو بالبينة وهكذا فإن الإقرار بالنسب في غير البنوة والأبوة والأمومة لا يسري على الغير إلا بتصديقه.

ولا شك أن أثر الإقرار أو التصديق بالنسب يظهر جلياً في اللقيط وهو الطفل الذي لا يعرف لمن هو وأهمية معرفته تظهر في الأحكام التي يجب أن تترتب باعتبار ديانته وحق حضانته ونفقته والولاية على نفسه وماله[1].

ـ حق المُقام[2]:

هذا الحق له أثره الهام على المركز الشرعي للإنسان الذي ينسب إليه بالنسبة لاستيفاء حقوقه أو إيفاء التزاماته، وهذا المقام هو مقر وجود الإنسان حتى ولو لم يكن حاضراً فيه بعض الأحيان أو أغلبها، إذ المفروض في الإنسان أنه لا يجهل ما يحصل فيه فيما يتعلق بنفسه، ويشمل المقام فيما يتعلق بالأحكام الشرعية معنيين:

1 ـ مقام الإنسان أي المسكن والمأوى في ضوء الأحكام الشرعية.

2 ـ موطن الإقامة أي البلد وعلاقته بالأحكام الشرعية.

عن المعنى الأول:

إن المقام هو مقر الإنسان وهو سكنه، هذا المقام له أهميته بالنسبة لتعلقه بالأحكام الشرعية فيما يتعلق بالعدة أو بمتابعة الزوجة لزوجها، فمقر

---

(1) المواد ـ 356 ـ 364 من كتاب قدري باشا ـ الأحوال الشخصية.

(2) المُقام بالضم لا بالفتح يراد به محل الإقامة لأنه بالفتح يفيد مكان القيام لا الإقامة.

الإقامة في العدة أن الشريعة الإسلامية أوجبت على المرأة المطلقة أو المتوفى عنها زوجها أن تقضي عدتها في مسكن الزوجية الذي كان مقراً لسكناها معه أثناء قيام الزوجية، وهو آخر مسكن لها معه، فلا يجوز لها أن تخرج من هذا البيت وهي معتدة إلا للضرورة الملجئة لقضاء حاجاتها المشروعة.

كأن تكون مكتسبة من عملها وليس لها مورد لعيشها سواه.

ولعل الحكمة في ذلك المحافظة عن سمعة المرأة ونسب الحمل المحتمل وجوده قبل انفصام عرى الزوجية سواء كان بالطلاق أو بوفاة الزوج، وذلك قطعاً لدابر الشبهات أو الشكوك من قبل الزوج أو ورثته في حال وفاته.

كما أن المقام له أثره بالنسبة للزوج الذي أدى مهر زوجته المعجل، إذ له أن يطالبها بمتابعته إلى دار الزوجية التي هيأها لها تحت طائلة اعتبارها ناشزة إذا امتنعت عن متابعة الزوج إلى مسكنه الذي أعده ويسقط حقها بمطالبته بالنفقة الزوجية ما دامت هي ناشزة.

عن المعنى الثاني:

هو الموطن بمعنى البلد والأحكام الشرعية المتعلقة.

المراد بالموطن في هذه الحالة بلد الإقامة وله أثره فيما يتعلق بالأحكام الشرعية المتعلقة به وخاصة بالنسبة لإلزام الزوج زوجته لمتابعته في سفره إلى غير بلدها الذي تزوج منه زوجته.

على خلاف أصل رأي الأحناف الذي يقضي بوجوب متابعة الزوجة لزوجها والسفر معه إلى بلد آخر غير البلد الذي عقد فيه قرانها، ما دامت قد قبضت معجل صداقها، ولم يكن مشروطاً في عقد زواجها عدم السفر، ولم يكن هناك في نظر القاضي مانع يمنعها من السفر ومرد ذلك تغير الأحكام بتبدل الأزمان.

وكذا بالنسبة لولد المطلقة فليس لها أن تسافر به إلى غير الموطن الذي تزوجت فيه إلاّ بإذن أبيه.

هذا والموطن ظهرت أهميته أيضاً في القوانين الحديثة إذ أضحى له أثره في الحقوق المدنية في التقاضي، خاصة بالنسبة للاختصاص المحلي في مكان إقامة الدعوى وقد استوعبت أحكامه قوانين المرافعات.

ـ حقوق المفقود وأثرها على الأهلية:

المفقود في الفقه له حالتان يترتب عليهما أحكام شرعية وهما:

أ ـ حالة يعتبر فيها حياً.

ب ـ وحالة أخرى يعتبر فيها ميتاً.

عن الحالة الأولى:

وهي اعتبار المفقود حياً:

المراد بالمفقود هو الشخص الغائب الذي لم تتحقق حياته من وفاته، فإن كان حياً على وجه التحقيق ولكن مكانه مجهول فهو في هذه الحالة غائب مفقود وتطبق عليه أحكام الغائب، وتعتبر أمواله وحقوقه القائمة قبل فقده ثابتة ويترتب على اعتبار المفقود حياً ثبوت حقوقه التي كانت له قبل فقده، وبالتالي فلا توزع أمواله على ورثته، كما تعتبر الزوجية قائمة إن كان متزوجاً ولا تتزوج زوجته غيره، كما أن إدارة أمواله تبقى قائمة بالنسبة إلى الوكيل المنصب قبل فقده فلا توزع أمواله، كما لا يعزل وكيله في إدارة أمواله.

أما إذا لم يكن له وكيل فينصب القاضي له وكيلاً عنه.

عن الحالة الثانية:

اعتبار المفقود ميتاً:

في هذه الحالة تعتبر الحقوق التي يستحقها المفقود من الغير موقوفة إلى أن تتحقق حياته على وجه التأكيد، لهذا فلا يرث ممن يتوفى من مورثيه، كما لا يستحق ما يوصى له به، بمعنى أن نصيبه من هذه الحقوق يبقى موقوفاً إلى أن تظهر حياته فيستحقها.

أمّا إذا ثبتت وفاته فترد الأموال التي توقفت إلى من يستحقها على تقدير وفاة المفقود.

هذا ومعيار اعتبار الغائب مفقوداً على غلبة الظن أن ينقرض من هم في موطنه من عمره أو جيله، أما إذا لم يمكن تحقق هذا المعيار فيحكم بوفاته عند بلوغه التسعين من العمر.

ـ في حقوق زوجة المفقود:

إن حقوق زوجة المفقود لا يسوغ أن تبقى معلقة طيلة مدة غيبة المفقود لأن في هذا عنتاً وأحراجاً، لهذا فقد أجاز المذهب المالكي تفريق زوجة المفقود بعد مضي أربع سنوات من عدم معرفة خبره، أما في حالة الحرب فيعتبر الزوج مفقوداً إذا عاد الفريقان المتحاربان إلى بلادهم ولم يعد هو فيحكم باعتباره مفقوداً ويقضى في هذه الحالة بالتفريق بين الزوجين ويحل للزوجة عندئذٍ الزواج من الغير، وبعض القوانين الحديثة أجازت للزوجة التي يغيب زوجها دونْ عذر مقبول أن تطلب إلى القاضي التفريق بعد مرور سنة من غياب الزوج[1].

هذا وتعتد الزوجة التي حكم لها بالتفريق وانحلال الزوجية من تاريخ هذا الحكم، ويحل بعد انقضاء عدتها زواجها من الغير وإذا عاد زوجها بعد ذلك فلا ينقض زواجها الجديد.

ـ في أهلية الوجوب الكاملة:

إن الحمل بمجرد أن ينفصل عن أمه حياً ويستقبل الحياة تنشأ له أهلية وجوب كاملة، وتضحى له صلاحية ثبوت الحقوق والواجبات، كما يترتب عليه كل ما يمكن أداؤه عنه كالزكاة أوالتعاقد عنه.

وهذا الحكم عام بالنسبة لجميع الناس وهم فيه سواء الصبي، والبالغ، والعاقل، والحر، والعبد، والرجل، والمرأة.

هذه الأهلية الكاملة وإن كانت تثبت للشخص بولادته حياً فهي على

---

(1) المادة 109 من قانون الأحوال الشخصية السوري.

الرغم من كمالها لا تخول صاحبها حق التعاقد أو الالتزام تجاه الغير إلا إذا كانت له أهلية أداء، بمعنى أن أهلية الوجوب لا تقوم مقام أهلية الأداء، لأنه في أهلية الوجوب قد يكون صاحبها فاقد التمييز مثلاً لصغر سنه أو معتوهاً أو مجنوناً وبالتالي فهؤلاء ليس لهم حق التصرفات القانونية أو التعامل مع الغير، إذ الجنين بمجرد انفصاله عن أمه وإن تكن ذمته تضحى مطلقة، فيعتبر أهلاً للوجوب له وعليه، كما يجب عليه كل حق يتوجب على البالغ، وإذا كان يجب عليه كل حق إلا أنه ما دام غير أهل للأداء لضعف في بنيته فيقتصر الأمر على ما يمكن أداؤه عنه، وبالتالي فإن أهلية الأداء هي وحدها التي تحمل المرء على التعاقد والتصرفات المالية.

هذا وبما أن أهلية الوجوب غير مقصودة لنفسها فهي وإن كانت تثبت كاملة بمجرد الولادة كما ذكرنا بيد أن الواجب يكون منعدماً بالنسبة لعديمي التمييز لانعدام حكمه وهوالأداء عن اختيار وبالتالي فلا يصلح أداء النائب طاعة لأن النيابة جبر وإلى هذا يشير صاحب المنار فيقول:

«غير أن الوجوب غير مقصود بنفسه فجاز أن يبطل لعدم حكمه فما كان من حقوق العباد من الغرم والعوض كضمان المتلفات. . وما كان عقوبة كالقصاص، أو جزاء كحرمانه من الميراث لم يجب عليه، وحقوق الله يجب عليه منها ما كان الأصل فيه أنه مؤنة ومعنى العقوبة والعبادة فيه ليس بمقصود كالعشر والخراج ولا تجب عليه العبادات الخالصة والعقوبات»[1].

هذا وأهلية الوجوب كما قلنا سابقاً تبقى ترافق حياة الإنسان، وتمتد معه في بعض الأحيان إلى ما بعد الوفاة بافتراض وجود الذمة لترتب بعض الحقوق له كتجهيزه ودفنه، وتنفيذ وصاياه هذا عند الأحناف، إذا القاعدة المقررة أنه لا تركة إلا بعد وفاء الدين.

وكذلك عند الشافعي، على أن التركة تنتقل إلى الورثة محملة بالديون بمجرد الوفاة.

---

(1) الحافظ أبو البركات النسفي ـ المنار.

أما إذا كان المتوفى غيرمدين كما أنه لم يوص بأي وصية ما فإن أهليته تنقضي في جميع الأحوال بمجرد وفاته هذا عند الأحناف أيضاً.

أما الأستاذ خلاّف فينفي وجود ذمة للمتوفى سواء كان مديناً أو غير مدين فيقول:

«إن بعض الفقهاء اعتبر للميت بعد موته أهلية وجوب كاملة، إذا مات دائناً ومديناً فتكون له حقوق على مدينيه وعليه حقوق لدائنيه، وهذا كلام لا وجه له.

والحق أن الموت قضى على خاصة الإنسان فليست له ذمة ولا أهلية وجوب كاملة ولا ناقصة، وأما مطالبة مدينيه بما عليهم من الديون فلأنها صارت حقاً للورثة، والورثة خلفوا مورثهم فيما كان له، وفيما كان عليه في حدود ماتركه.

وبعبارة أخرى ورثوا ماله من ديون على غيره، وآلت إليهم تركته مشغولة بديون لغيره[1].

(1) عبد الوهاب خلاف ـ علم أصول الفقه ص 137.

الفصل الرابع

أهليّة الأداء

عرّف علماء الأصول أهلية الأداء بقولهم:

هي صلاحية الشخص لصدور الفعل أو التصرف على وجه يعتد به شرعاً[1].

هذه الأهلية لا بد لها من قدرتين لتحقيق الأداء الأولى القدرة على فهم الخطاب التي تتجسد عادة في العقل، والقدرة الثانية هي القدرة على العمل وهي التي تتجسد بقوة البدن.

وبما أن الإنسان عند ولادته عديم القدرتين، بيد أنه لديه الاستعداد لتحقق هاتين القدرتين على وجه التدرج بقدرة الله وخلقه لها إلى أن يبلغ مرحلة الكمال، لهذا فإنه قبل البلوغ تكون كل قدرة من هاتين القدرتين قاصرة كالصبي غير العاقل أو الصبي المميز قبل البلوغ وقد تكون أحداهما محققة والأخرى مفقودة كالصبي القوي البدن البالغ ولكنه معتوه فهنا نجد أنه قاصر العقل مع أنه قوي البدن.

فأهلية الأداء في ضوء هاتين القدرتين من حيث تمامها أو نقصانها أو انعدامها نستطيع أن نقول إن لها حالات ثلاث:

1 ـ أهلية الأداء المعدومة أو المفقودة أصلاً:

هذه الأهلية لا تحقق في الطفل في زمن طفولته والمجنون مهما كانت سنه إذ هنا في الحالتين نجد أن القدرة العقلية معدومة وبالتالي فلا تقوم هنا

---

(1) الأزميري مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول ص 321.

أهلية أداء لهما، ولا تترتب أي آثار شرعية لا على أقوالهما ولا على أفعالهما فكل تصرفاتهما إذن باطلة لانعدام العقل عندهما، أما إذا جنى أحدهما جناية على نفس أو مال، فيؤاخذ في هذه الحالة مالياً لا بدنياً، كما إذا قتل الطفل أو المجنون أحداً، أو أتلف مال أحد ضمن دية القتيل، كما ضمن ما أتلف للغير من مال.

أما العقوبة فلا تطبق عليهما لانعدام العقل وبالتالي فلا يقتص منهما، وإلى هذا أشار الفقهاء فقالوا:

«عمد الطفل أو المجنون خطأ».

والمراد بذلك نفي القصد عن الطفل والمجنون إذ بانتفاء القصد عنهما ينتفي العمد، لعدم وجود العقل أو انعدامه، إذ العقل يكون متحققاً حكماً بالبلوغ على الغالب، وتقوم هذه الدلالة مقام اعتدال العقل أصلاً على وجه التيسير.

لهذا صار توهم وصف الكمال قبل هذا الحد، وتوهم بقاء النقصان بعد هذا الحد ساقطي الاعتبار[1].

هذا وإن كانت أهلية الأداء هي الأصل في الإنسان الصحيح الكامل، وهي أثر من أثار العقل، فإنه بالتمييز المحقق عند الإنسان يحكم به عليه أنه مدرك لأقواله فاهم لمقاصدها عارف لنتيجة أعماله ومالها من آثار، كمن يعرف أن البيع يفقد البائع ملكية الشيء المبيع وأن الشراء يثري الذمة للمشتري وأن الغبن الفاحش مضرّ باعتباره ربحاً زائداً عن الحد المعقول، مثل هذا الشخص يدرك مدلول أقواله وعباراته، وبهذا نحكم عليه أنه مميز.

لهذا يعتبر الإنسان الطبيعي هو الذي لا يمكن أن يدرك هذه الأمور قبل سن السابعة، لهذا كانت الأهلية مختلفة تبعاً لاختلاف سلامة العقل أو انعدامه، وبهذا كان اختلاف العمر مقياساً للتمييز وفي ضوء العمر إذن تظهر أهلية الأداء الكاملة أو أهلية الأداء الناقصة.

(1) ابن مالك شرح المنار ص 939.

هذا وإذا كانت أهلية الأداء تشمل الأفعال والأقوال، فهي مع ذلك قاصرة على التصرفات التي تتوقف على العبارة والنية تبعاً للقاعدة:

«العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني».

كما في العبادات، من صلاة، وصوم، وزكاة، وحج، فهذه لا تصح إلا بالنية والقصد وإلا كانت باطلة بينما الأفعال الأخرى كالقتل الخطأ وإتلاف مال الغير فهذه لا يمكن أن توصف بالبطلان، إنما يترتب عليها الضمان، ولو كان الفاعل عديم الأهلية، وبهذا جعل اختلاف العمر مقياساً للتمييز.

أهلية الأداء الناقصة:

تكون أهلية الأداء الناقصة في الطفل المميز الذي لم يبلغ الحلم، وفي هذه الحالة يباشر عنه حقوقه الولي أو الوصي عليه، لهذا فلا يتجه خطاب الشارع إليه، ولا يلتزم بأي تكاليف.

وهذا ينطبق أيضاً على المعتوه، إذ المعتوه وإن كان غير مختل العقل، ولا فاقده لكنه ضعيف القدرة العقلية أو ناقصها، لهذا كان حكمه حكم الصبي المميز.

هذا والتمييز يتم في سن معينة، إذ الشارع اعتبر سنّ السابعة سن التمييز فتثبت للصبي الذي بلغ سن السابعة أهلية أداء قاصرة.

أما إذا لم يبلغ سن السابعة فهو غير مميز حتى ولو كانت تصرفاته قد تدل على أنه مميز، لأن الأصل في الأحكام توضع في الغالب للعموم لا لكل فرد على حدة. ودليل اعتبار هذا السنّ بدءاً لقيام مرحلة التمييز قوله عليه الصلاة والسلام:

«علّموا الصبي الصلاة ابن سبع سنين»[1].

وقوله عليه الصلاة والسلام أيضاً:

---

(1) الشوكاني نيل الأوطار ج/1 ص 298.

«إذا عرف الصبي يمينه من شماله فأمروه بالصلاة».

أما إذا لم يتم الصبي السابعة فهو غير مميز وبالتالي فهو لا يدرك مصالحه ولا ما ينفعه أو يضره.. بهذه الحالة تبقى حاله وهو عديم التمييز أمراً عارضاً ويمنع اتّصافه بأهلية الأداء.

ومع ذلك فإن الأحكام في هذه السنّ تختلف من حيث صحتها أو عدمها، فما هي إذن الأحكام التي تثبت لأهلية الأداء القاصرة.

ـ في الأحكام التي تثبت لأهلية الأداء القاصرة:

أهلية الأداء القاصرة تختلف في أحكامها بالنسبة لتصرفات القاصر وتبعاً لماهية الحقوق بين أن تكون متعلقة بحق الله أو بحق العبد.

ـ عن الناحية الأولى فيما يتعلق بحق الله:

إن ما يتعلق بحق الله ثلاثة أنواع وهي:

أ ـ ما كان نافعاً نفعاً محضاً.

هذا النوع حسن ولا يحتمل القبح وهو نافع نفعاً محضاً كالإيمان الذي ظهر فيه أنه وضع لسعادة الدارين، ولهذا فهو يصح من الصبي لأن الإيمان وفروعه فيه نفع للصبي، فلا يليق بالشارع الحجر عنه، لهذا كان الفعل صحيحاً بلا لزوم أداء كحرمان الصبي الذي تحقق فيه سبب الإرث من ميراث مورثه، لأن الحرمان هنا لا يضاف إلى إسلام الصبي، إنما إلى كفر مورثه.

ب ـ ما كان ضاراً ضرراً محضاً:

هذا الفعل قبيح لا يحتمل الحسن كالكفر، ذلك أن الكفر لا يلغى عنه، لهذا فإن ردة الصبي المميز معتبرة في أحكام الآخرة اتفاقاً لأنه لا يرد شرعاً دخول الكافر الجنة مع المشرك، كما لا يقبل به العقل.

أما بالنسبة لأحكام الدنيا، فإن ردته معتبرة ويترتب عليها أحكام، كحرمانه من الميراث كما تبين امرأته، وإن كان لا يقتل، لأن وجوب القتل لا يكون بالردة فحسب، بل يتحقق بالمحاربة، والصبي ليس أهلاً للمحاربة

لعدم بلوغه، وكذا لو بلغ بعدئذٍ، لأن الاختلاف في صحة إسلامه فيه شبهة تسقط عنه القتل.

أما عند أبي يوسف والشافعي فقد قالا بعدم اعتبار ردة الصبي، ولا يحكم بصحتها في أحكام الدنيا، وهو القياس لأن الارتداد فيه ضرر محض لا تشوبه أي منفعة، لهذا لا يصح من الصبي ذلك أن ردته لو كانت معتبرة في الدنيا لاستحق القتل عند البلوغ مع أنه لا يقتل اتفاقاً.

ج ـ ما كان متردداً بين الحسن والقبيح:

هذه الأفعال تصح من الصبي بلا لزوم أداء كالصلاة والصوم.

هذا بالنسبة لما يتعلق بحقوق الله.

ـ عن الناحية الثانية فيما يتعلق بحق العبد:

أما فيما يتعلق بحق العبد فإن أحكام هذه الحقوق المختلفة بالنسبة لمن لهم أهلية قاصرة فهي لا تخرج عن أمور ثلاثة وهي:

إما أن تكون نافعة نفعاً محضاً أو ضارة ضرراً محضاً أو دائرة بين النفع والضرر.

1 ـ عن الحقوق النافعة نفعاً محضاً لناقص الأهلية:

هذه التصرفات من المميز الذي لم يبلغ الحلم أو من يكون في حكمه كالمعتوه، فهو ضعيف العقل لا مختله ولا فاقده فكل واحد منهما تصح تصرفاته النافعة له نفعاً محضاً وهي من عقود الاغتناء كقبوله الهبات والصدقات دون حاجة إلى إذن وليه.

وكذا في عقود الإدارة بمفرده كما لو تصرف المميز ناقص الأهلية بالوكالة عن الغير الذي أوكله بإيجار عقار فتعتبر تصرفاته هذه صحيحة لأن فيها تمريناً على التصرفات من جهة وممارسة لآدميته من جهة ثانية، وبالتالي فلا تتوقف على إذن وليه لأنه لا ضرر فيها على أمواله، كما لا تلزمه العهدة بالرجوع عليه في العقود من تسليم الثمن أو البيع، أو الرد بالعيب أو الخصومة إلى غير ذلك من الحقوق التي يرجعها الأحناف إلى الوكيل الذي

لا بد من أن يكون من أهل العهدة والالتزام، وفي غير ذلك يكون مأذوناً من قبل من له عليه ولاية.

2 ـ عن تصرفات ناقص الأهلية فيما هو ضار به ضرراً محضاً:

إن تصرفات ناقص الأهلية المتعلقة بحقوق العباد والضارة به ضرراً محضاً، كالإقراض لا تصح منه ولا من وليه لأن فيها احتمال ضياع المال، وكذا الوصية والهبة والتطليق، وضمان دين الغير وما شابه ذلك.

فكل هذه التصرفات لا تصح في حق ناقص الأهلية وإن أجازها وليه، لما فيها من ضرر محض له حتى ولو قام بها الولي بالذات لأن ولايته إنما هي نظر ومراقبة ولا نظر في الضرر المحض إلا عند الحاجة، إلا في حالة ما إذا أسلمت الزوجة ورفض الزوج ذلك فإنه يتم التفريق بينهما للضرورة وهي الحاجة الزوجية، وعلى هذا فإن الهبة والوصية والطلاق والعتاق، كل هذه باطلة بالنسبة لناقص الأهلية ولا تصح فيها إجازة وليه.

3 ـ عن تصرفات ناقص الأهلية التي تدور بين النفع والضرر:

هذه التصرفات من ناقص الأهلية تنشيء له حقوقاً ليست ضارة ضرراً محضاً ولا نافعة نفعاً محضاً على وجه اليقين، إنما تدور بين النفع والضرر مثال ذلك البيع والإجارة والنكاح ونحوها، ففي عقد البيع مثلاً نجد فيه احتمال الربح، وهو نفع كما يمكن أن يكون فيه احتمال الخسران وهو ضرر، ولهذا ونظراً لإمكان تحقق لأحد هذين الاعتبارين أجاز الفقهاء مثل هذه العقود واعتبروا نشوءها صحيحاً، ولكن عند الأحناف اعتبروها موقوفة على إجازة ولي القاصر فتكون نافذة إذا أذن بها.

هذا ويرى الإمام أبو حنيفة أن الصبي إذا تصرف برأي وليّه، فإن تصرفه هذا كتصرف البالغ، لأن احتمال الضرر هنا غير قائم نظراً لاعتماد القاصر رأي الولي.

لهذا أجاز تصرف الصبي في مثل هذه الحالة حتى لو كان بغبن فاحش، على خلاف رأي الصاحبين اللذين قالا بعدم جواز تصرف الصبي بغبن فاحش على الإطلاق.

وكذا لو باع الصبي شيئاً ما بدون إذن وليه أو موافقته فالعقد لا ينعقد بمعنى أنه لا ينشىء أي حقوق ولو كان البيع بضعف الثمن، لأن الأصل أن تصرفات الصبي متوقفة على إذن الولي أو إجازته، لأن إذن الولي شرط لجواز التصرف.

لهذا لا ينفذ أي بيع من الصبي لأن نفاذه متوقف على إذن الولي كما ذكرنا.

وعلى هذا يقتضي في مثل هذه التصرفات ضرورة إذن الولي نظراً لماله من حكمة هامة وضرورة ملحة تتجلى بالدليل الشرعي بما عرضه الفقهاء على الوجه التالي:

في وجوب تحقق إذن الولي:

من المقرر أن إذن الولي ضرورة لصحة تصرفات الصبي المميز وهي تنعقد صحيحة على الرأي الراجح إذا سبقها إذن من الولي في إبرامها إذ في هذا مصلحة للقاصر إذ يتحقق له التفويض والاختيار وهي الحكمة المقصودة.

وهذا ما أشارت إليه الآية الكريمة بقوله تعالى:

﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ . . .﴾[1].

فالله سبحانه وتعالى أمر بالمحافظة على أموال اليتامى، فعلى الأولياء أن يحافظوا عليها ولا تعطى لأربابها إلا بعد اختبارهم بحسن التصرف، فالأموال إذن تعطى لأربابها بشرط ألاّ يكونوا سفهاء لا يحسنون التصرف.

وهذا الاختيار يكون عند البلوغ أي بلوغ سن الزواج والاكتمال العقلي، فإن تبينتم رشدهم فآتوهم أموالهم، كل هذا بعد اختبارهم وظهور صلاحيتهم لإدارة أموالهم[2].

---

(1) سورة النساء، الآية: 6.

(2) محمد محمود حجازي ـ التفسير الواضح ج/1 ص 153.

في ضوء هذا أجاز أبو حنيفة تصرفات الصبي على أن يكون نفاذها متوقفاً على إجازة وليه عملاً بالقاعدة أن الإجازة اللاحقة كالإذن السابق.

بينما نجد أن الإمام الشافعي اعتبر جميع عقود الصبي في مثل هذه الحالة باطلة، إذ العقود عامة عنده إما صحيحة وإما باطلة، لهذا لا يرى عقوداً تنعقد ويتوقف نفاذها على إجازة أحد آخر، ذلك أن الولاية عنده شرط لانعقاد العقد لا لنفاذه.

وعلى هذا نلاحظ أن الفترة فيما بين بلوغ الصبي سن السابعة وبين بلوغه إنما هي فترة اختبار وتمرين يكون فيها تحت إشراف وإرشاد الولي ليتدرب على المعاملات المالية والتعاقد فيما فيه نفع محض له، لهذا فإن عبارة الصبي المميز تثبت صحتها وتعتبر مستقلة ما دام ليس فيها إمكان تصور الضرر له مطلقاً وتعتبر في هذه الحالة مستقلة لا تعضدها عبارة الولي أي إذنه.

أما في العقود التي تحتاج إلى تفكير وروية، وهي تحتمل النفع والضرر، فهي بحاجة إلى عبارة أخرى تعضدها وهي إذن الولي وهي إجازة من له ولاية عليه، ذلك أن مثل هذه التصرفات تقبل المساومة، لهذا جعل الفقهاء دعمها من قبل إرادة رشيدة وهي الولي الشرعي عليه لا من قبل من لا ولاية عليه أو من قبل وليه الذي لا يملك هو أن يتصرف في مال الصغير فيما فيه غبن فاحش، أو كان تصرفه فيه إسقاط لحقوقه، ويبدو أنه من هذا المنطلق اعتبر الشارع تصرفات الصبي الضّارة له باطلة.

أهلية الأداء الكاملة:

الأصل في كمال أهلية الأداء بلوغ الإنسان عاقلاً، فالعقل هو الدليل على تمام هذه الأهلية ولكن ربطها الفقهاء بالبلوغ، لأن البلوغ مظنة العقل عملاً بقاعدة أن الأحكام تربط بعلل ظاهرة ثابتة.

فالبالغ سواء كان بلوغه بالسن أو بالعلامات يعتبر عاقلاً وكامل أهلية الأداء ما لم يقم دليل على اختلال العقل أونقصه[1].

(1) عبد الوهاب خلاف علم أصول الفقه ص 138.

وعلى هذا فإن التصرفات التي تصدر عن كامل الأهلية وما ينشئه بتصرفه من التزامات وحقوق تعتبر صحيحة بقيام الدليل على العقل والتمييز اللذين هما مناط الأهلية، وبما أن هذا لا يدرك بالحس لهذا أقام الشارع تيسيراً على العباد من الأسباب الظاهرة ما يقوم مقام الأمور الباطنة دليلاً وقرينة على تمام الأهلية، ما دام لم يقم دليل على نقص العقل أو انعدامه.

من هذا المنطلق اعتبر البلوغ وهو سبب لصحة التكليف وصحة التصرفات مقام العقل، وإن كان العقل قد يكتمل قبل البلوغ أو يبقى ناقصاً بعد البلوغ، ولكن هذا قد يكون على وجه الاستثناء لهذا قال بعض العلماء:

«إن الشرع أقام اعتدال الحال بالبلوغ عن عقل بلا عته مقام كمال العقل في توجه الخطاب تيسيراً على العباد ثم صار صفة الكمال الذي يتوهم وجوده قبل هذا الحد ساقط الاعتبار كما سقط توهم بقاء النقصان بعد هذا الحد[1].

في أدلة ثبوت الأهلية الكاملة:

إن الأدلة على ثبوت الأهلية أداء كاملاً متعددة وهي:

ـ البلوغ:

الأصل أن البلوغ الطبيعي هو مدار اعتبار تمام الأهلية وكمالها في الشرائع عامة، بما فيها الشريعة الإسلامية، ودليل البلوغ هذا يعرف عند الصبي والفتاة بتحقق علامات طبيعية تظهر فيهما، كالاحتلام بالنسبة للصبي والحيض بالنسبة للفتاة.

ومعرفة البلوغ تتحقق بالاحتلام أو الإمناء[2].

سواء كان ذلك في المنام أو اليقظة ذلك أن الاحتلام هو علامة البلوغ وإلى هذا أشار الله سبحانه وتعالى بقوله:

---

(1) ابن أمير الحاج ـ التقرير والتجبير على التحرير للكمال ج/2 ص 164.

(2) هو الماء الدافق الذي يخلق معه الولد ـ ابن قدامة في المعنى ج/4 ص 459.

﴿وَإِذَا بَلَغَ ٱلْأَطْفَـٰلُ مِنكُمُ ٱلْحُلُمَ فَلْيَسْتَـْٔذِنُوا۟ كَمَا ٱسْتَـْٔذَنَ ٱلَّذِينَ مِن قَبْلِهِمْ . . .﴾[1].

وقوله تعالى:

﴿. . . وَٱلَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا۟ ٱلْحُلُمَ مِنكُمْ . . .﴾[2].

وقوله تعالى:

﴿. . . فَٱلْـَٔـٰنَ بَـٰشِرُوهُنَّ وَٱبْتَغُوا۟ مَا كَتَبَ ٱللَّهُ لَكُمْ . . .﴾[3].

فابتغاء الولد لا يكون إلا بتحقق خروج ماء الشهوة وهذا يكون بالاحتلام المتعارف عليه وهو دليل على البلوغ.

هذا والدليل الآخر على الاحتلام قوله عليه الصلاة والسلام:

«رفع القلم عن ثلاثة. . . . . وعن الصبي حتى يحتلم».

فالاحتلام يتحقق به البلوغ وهو مناط التكليف بمعنى أن توجيه الخطاب للمرء يتحقق بمجرد الاحتلام وهو سن التكليف ولا يكون هذا إلا في خروج الماء للشهوة بالنسبة للصبي وعلى هذا يضحى الاحتلام دليلاً أو علامة على البلوغ.

أما بالنسبة للفتاة فيعلم البلوغ عندها بالحيض، ودليل ذلك ما ورد عن رسول الله ﷺ فيما روي عن الترمذي:

«لا يقبل الله صلاة حائض إلا بخمار».

أي لا تقبل صلاة البالغة إلا بوضعها خماراً تستر به شعرها.

أما الدليل على البلوغ للخنثى المشكل فهو بخروج المني للدلالة على بلوغه وذكورته أو بظهور الحيض للدلالة على أنوثته.

---

(1) سورة النور، الآية: 59.

(2) سورة النور، الآية: 58.

(3) سورة البقرة، الآية: 187.

هذا ما قاله الحنابلة أي أن خروج شيء من هذا المني أو ظهور الحيض يدل على بلوغه وعلى ذكورته أو أنوثته، أما عند الشافعي فظهور واحد منهما لا يدل على البلوغ إنما لا بد من اجتماعهما أي اجتماع العلامة والبلوغ للدلالة على الذكورة أو الأنوثة[1].

وهكذا نجد أن العلامات التي ذكرناها وإن تكن تدل على ثبوت البلوغ فقد يكون ومع ذلك فيها بعض الحرج لهذا رأى الفقهاء أنه إذا تعذر الوقوف على هذه العلامات فيقتضي اعتماد البديل عنها وهو السنّ.

السن دليل على البلوغ:

يرى الفقهاء أن معرفة السن وتحديدها دليل يحكم به على تحقق البلوغ أو عدمه ما دام البلوغ يتعلق به التكليف في الظاهر ومع ذلك فإن الفقهاء لم يتفقوا على سن محددة للبلوغ، فالإمام أبو حنيفة يفرق فيه بين الذكر والأنثى، فيعتبر دليل البلوغ بالنسبة للأنثى إكمالها سبع عشرة سنة هجرية، وبالنسبة للذكر ثماني عشرة سنة.

بينما الصاحبان والشافعية وأحمد بن حنبل حددوا سن خمس عشرة سنة للبلوغ على حد سواء[2] للذكر والأنثى دون تفريق بينهما في سن البلوغ.

ومع ذلك رأى آخرون أن السن لا تقوم دليلاً عندهم على البلوغ، إنما أرجعوا البلوغ إلى البلوغ الطبيعي الذي يتحقق في أقرانه، فالسن عند هؤلاء لم تكن هي الأساس في اعتماد البلوغ[3].

أما أصحاب الإمام مالك فقد روي عنهم أن البلوغ للصبي أو الفتاة يتم بثماني عشرة سنة على حد سواء.

---

(1) ابن قدامة - المغنى ج/4 ص 461.

(2) الكاساني - بدائع الصنائع ج/3 ص 172 وابن قدامة في المغنى ج/4 ص 460.

(3) الحطاب - ج/5 ص 59.

الرشد:

عرف الفقهاء الرشد فقالوا هو الصلاح في المال، هذا عند معظم المذاهب أما الشافعية فيرون أن الرشد هو الصلاح في الدين والمال معاً، أي أن يكون صالحاً في إدارة المال وحفظه بالنسبة لمفهوم الصلاح في المال.

لهذا نجد أن الفاسق راشد عند الأحناف، وعند غيرهم غير راشد، لفسقه ولكونه يفسد دينه، وهذا ما يمنع الثقة به، فلا يسلم ماله، كما لا يصلح أن يكون ولياً على غيره[1].

ويقول ابن رشد في هذا الصدد:

«إن مالكاً يرى أن الرشد هو تثمير المال وإصلاحه فقط، والشافعي يشترط مع هذا صلاح الدين، ويرى الظاهرية أنالرشد هو العقل والدين معاً دون نظر للصلاح في استثمار المال والمحافظة عليه»[2].

وفي جميع الأحوال نجد أن ابتلاء اليتامى هو اختبارهم قبل البلوغ لصريح الآية في قوله تعالى:

﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ . . .﴾[3].

فالابتلاء إذن يكون قبل البلوغ، لأنهم في هذه الحالة هم يتامى ويبقون كذلك حتى البلوغ فتأخير الاختبار إلى ما بعد البلوغ يكون حجراً على البالغ الرشيد، وإن يكن البعض يرون الاختبار لا أثر له نتيجة في اكتمال الأهلية، إذ أهلية الأداء تتم كاملة عندهم بمجرد تحقق البلوغ مع العقل، وإن الآية الكريمة تفيد أن الابتلاء قصد به التأكد من الرشد بدفع المال لصاحبه، إذ لا يسوغ احتجاز المال عن الشخص برغم اكتمال أهليته، وخلصوا من ذلك إلى أن السفه لا ينافي الأهلية[4].

---

(1) فتاوي الهندية ج/4 ص 44.

(2) ابن رشد ـ بداية المجتهد ج/3 ص 236.

(3) سورة النساء، الآية: 6.

(4) صدر الشريعة في التوضيح على التنقيح ج/3 ص 217.

ويقول الكاساني: «ويزول الحجر عن التصرفات بالبلوغ سواء بلغ رشيداً أو سفيهاً»[1].

والواقع أنه بمجرد بلوغ الصبي رشيداً يقتضي دفع أمواله، ما دام قد زالت عنه الولاية والوصاية.

هذه الحقيقة ظاهرة من الآية الكريمة السالف ذكرها والتي اشترطت تحقق البلوغ، والرشد فقط، بقولها:

«فَإِنْ آنَسْتُم مِنْهُمْ رُشْدَاً فَادْفَعُوا. . .»

بهذين الشرطين يصبح الصبي كامل الأهلية لا ولاية عليه من أحد، وأنه يجب دفع المال إليه، لأن كمال العقل يكون عادة في تحقق البلوغ مع تحقق الرشد فإذا بلغ الصبي عاقلاً ولم يتحقق رشده فلا تسلم إليه أمواله مهما طال الزمن، وبهذا فلا نجد سناً معينة لتحقق الرشد.

وهذا لا يعرف إلا بالاختبار فضلاً عن أن هذا يختلف باختلاف البيئة والمجتمع وطبيعة الحياة والظروف الاجتماعية لكل شخص، لهذا لم يحدد الفقهاء سناً معينة للرشد، وجل ما قالوه أن الشخص لا يتحقق رشده قبل البلوغ، وإنه بمجرد بلوغه يكون عاقلاً، لأن البلوغ مظنة العقل وإنه بمجرد أن أحسن المرء إدارة ماله وحفظه مع البلوغ يحكم عليه أنه رشيد.

هذا والفقه الإسلامي لم يفرق في الرشد بين الذكر والأنثى، لأن النص في الآية الكريمة جاء شاملاً بقوله: «**وابتلوا اليتامى. . .**»، فالأنثى إذن حكمها في الرشد حكم الذكر، فلا فرق بين بلوغ المحيض وإيناس الرشد.

ولهذا قال الإمام مالك إن الأنثى في ولاية أبيها في المشهور عنه حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ويأنس رشدها.

هذا ويبدو لنا أن الرشد المراد به الإطلاق أي يدخل في شموله الذكر والأنثى على حد سواء، بدليل الآية الكريمة:

﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ. . .﴾[2].

---

(1) الكاساني ـ بدائع الصنائع ج/7 ص 172.

(2) سورة النساء، الآية: 5.

والسفهاء هنا هم الذين لا يحسنون إدارة أموالهم وحفظها سواء كانوا ذكوراً أم إناثاً.

وبهذا فلا يجوز تخصيص السفهاء بآية النساء فقط لأن التخصيص لا يكون إلاّ بنص يكون دليلاً عليه. فالرشد في هذه الآية هو للمرأة والرجل.

هذا وإذا كان الرشد لم يحدد بسنّ معينة، فإن الفقهاء لا يرون في تحديد سنّ معينة للرشد ما ينافي أحكام الشريعة، فلا مانع إذن من أن تحدد سن للرشد تحكم الناس جميعاً ما دام الأصل في الحجر منوطاً بولي الأمر، وأن من حقه حجر من بلغ الحلم لمجرد مظنة السفه، وإذا كان الأمر كذلك فيجوز إذن أن تحدد سنّ الرشد بنص خاص فيحدد مثلاً الرشد ببلوغ المرء سن الحادية والعشرين، وليس في هذا ما ينافي أحكام الشريعة الإسلامية الغراء.

عوارض الأهلية:

علمنا فيما سبق أن أهلية الوجوب مترتبة على الإنسان تبعاً لإنسانيته إذ تبدأ وهو جنين في بطن أمه وتثبت له أهلية وجوب ناقصة في هذه الحالة، وبعد ولادته تصبح له أهلية وجوب كاملة بدءاً من طفولته، وفي سن تمييزه وبعد بلوغه، وكذا في نومه ويقظته، وفي حالة جنونه وإفاقته، وفي رشده وسفهه هذه الأهلية تثبت للإنسان ما دام حياً إلا إذا عرض لها ما يفقدها ويزيلها أو ينقصها.

أما عن أهلية الأداء فهي لا تثبت للإنسان منذ ولادته ولا في طفولته وهو لم يبلغ السابعة من عمره.

ولكنها تثبت له بعد سن التمييز إلى سن البلوغ على ما مرّ معنا، أو بلوغه إلى سن خمس عشرة سنة، ففي هذه الحالة تثبت له أهلية أداء ناقصة، وفي هذا تصح منه بعض التصرفات، ولا يصح منها أخرى، كما يتوقف بعضها الآخر على إذن وليه وإجازته، أما أهلية الأداء الكاملة فتثبت له بمجرد بلوغه سن الحلم.

على أن هذه الأهلية الكاملة قد تعرض لها عوارض تؤثر فيها فتزيلها أو تنقصها فما هي هذه العوارض؟

الأصل أن العارض[1] هو ما يتعرض الشيء فيمنعه أو يؤثر فيه، فالعارض على الأهلية إذن يؤثر فيها ويغير الأحكام التي تنجم عن التصرفات نتيجة هذه العوارض.

ويقول ابن ملك:

«هناك أمور تعترض على أهلية الوجوب والأداء معاً كالموت، أو على أحدها فقط كالجنون والنوم، أو توجب تغيراً في بعض أحكامها مع بقاء أصل الأهلية كالسفر»[2].

فالعوارض إذن ليست من الصفات الذاتية، إنما هي حالات طارئة وقد قسم ابن ملك العوارض إلى قسمين عوارض سماوية وعوارض مكتسبة.

أما العوارض السماوية فهي:

الصغر، والجنون، والعته، والنسيان، والنوم، والإغماء، والرق، والحيض، والنفاس، والمرض، والموت.

أما العوارض المكتسبة فهي سبعة:

الجهل، والسكر، والهزل، والسفه، والسفر، والخطأ، والإكراه.

هذه العوارض عامة من شأنها أن تغير الأحكام، على أن هناك عوارض أخرى كالشيخوخة والكهولة فهذه لا تغير الأحكام، كالشيخوخة مثلاً فهي وإن كانت طارئة لكنها تدخل في مرحلة قريبة إلى الفناء وتتغير الأحكام فيها باعتبارها مرضاً.

وكذا حالات الحمل فهي حالة مرضية طارئة فهي تدخل في شمول المرض وخاصة في الأيام الأخيرة منه، إذ المرأة تعتبر معه في حالة مرض الموت.

---

(1) عرض: ظهر وتبدى والعارض ما يعرض للإنسان من مرض أو نحوه.

(2) ابن مالك شرح المنار ص 944.

لهذا تأخذ تصرفات الحامل في أيام حملها تصرفات المريض مرض الموت، إذا اتصلت بالموت، ومع ذلك نلاحظ أن كثيراً من العوارض لا تؤثر في الأهلية على الرغم من أنها تغير الأحكام لتعلقها بحق الغير، أو تأثيرها فيه، كالرضا والاختيار.

فالعوارض على ما ذكرناه قد تكون من فعل الإنسان وهي مكتسبة كالسكر والسفه والدّين.

أما العوارض السماوية فهي ليست من فعل الإنسان وهي تتعلق بالعقل والتمييز والرشد كالجنون والعته والنسيان إلى غير ذلك، وسنقتصر في بحثنا هنا على الكلام عن بعضها وهي الجنون، والعته، والسفه، والغفلة، وهذه العوارض تؤثر في الأهلية فتعدمها أو تؤثر في الرشد في حالة السفه والغفلة على رأي البعض، وفي جميع الأحوال فهي من عيوب الإرادة سواء كانت ذاتية أو خارجية كالأكراه مثلاً فهي عوارض طارئة لا تلبث أن تزول وسنذكر فيما بعد بعض الأمثلة من العوارض.

هذا وإذا كانت الأهلية هي صلاحية، وهي أمر اعتباري، فإن كل ما يعترضها إذن إنما هو أمر عارض، كالنوم مثلاً فهو يحول بين النائم والصلاحية أثناء النوم.

وكذا النسيان فهو يحول أيضاً بين الحق وأدائه، لذلك فإن رسول الله ﷺ حض على وجوب أداء الحق عند زوال العارض فقال:

«من نام عن صلاته أو نسيها فليصلها إذا ذكرها فإن ذلك وقتها».

هذا وإذا كان النسيان «لا ينافي العقل ولا حكم الفعل ولا القول ولكنه يحتمل أن يجعل عذراً في حق الله. . . وهو إن منع من وجوب أداء الحقوق عند عامة أصحابنا، لكنه لا يمنع من وجوب الحقوق فإنه لا يخل بالأهلية[1].

كما أن الخطأ والإكراه عارضان لا يلبثان أن يزولا ولا يترتب عليهما حكم، عملاً بقول رسول الله ﷺ:

---

(1) كشف الأسرار ج/4 ص 1396.

«رفع عن أمتي الخطأ وما استكرهوا عليه[1]».

أما السكر، فهو عارض أيضاً يمنع الصلاحية إذا كان بمعصية ولهذا أخذ بعض الفقهاء السكران واعتبروه مسؤولاً زجراً له وردعاً لغيره حضاً على الامتناع عن السكر[2].

هذا ومن العوارض أيضاً الإغماء لكنه لا يخل بالأهلية، فهو بحكم النوم، لأن العجز عن استعمال العقل لا يوجب عدم العقل فتبقى الأهلية ببقائه، وكذا يدخل في عدم منافاة الأهلية. مرض الموت فهو لا ينافي أهلية الحكم ولا أهلية العبادة بمعنى أن مرض الموت لا ينافي الأهليتين[3].

هذا كما أن الحيض والنفاس لا يعدمان أهلية الوجوب ولا أهلية الأداء، ولكنهما يؤثران في صلاحيتهما بالنسبة لحقوق الله للقيام ببعض العبادات ولكنهما عامة لا يخلان بالذمة ولا بالعقل والتمييز[4].

وهكذا نجد أن علماء الأصول قد فرقوا بين هذه العوارض فاعتبر بعضها عوارض حقيقية وبعضها عوارض تعيب الرضا وتشوب الإرادة فهي إذن تعيب الاختيار.

أما عن الرق فهو وإن كان عارضاً بيد أنه يزول بالمكاتبة عند تحقق مدتها أو شروطها.

قال تعالى:

﴿... وَٱلَّذِينَ يَبۡتَغُونَ ٱلۡكِتَٰبَ مِمَّا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ فَكَاتِبُوهُمۡ إِنۡ عَلِمۡتُمۡ فِيهِمۡ خَيۡرٗاۖ ...﴾[5].

وبهذا نجد أن وصية الرق إلى ما بعد العتق تعتبر صحيحة فإذا مات حراً وجب نفاذها.

---

(1) العزيزي على الجامع الصغير ج/2 ص 191.

(2) كشف الأسرار ج/4 ص 1399.

(3) كشف الأسرار ج/4 ص 1427.

(4) كشف الأسرار ج/4 ص 1432.

(5) سورة النور، الآية: 33.

كما أنه أهل لاكتساب الحقوق فهو إذن أهل للتملك بإذن سيده وهذا رأي المالكية وأحمد بن حنبل.

ومع ذلك فإن مؤسسة الرق قد نادى الإسلام بالقضاء عليها لتنافيها مع المبادىء الإنسانية.

فالإسلام إذن قاوم نطاق الرق وعمل على تحرير الأرقاء إلا في نطاق الحرب وتبعاً لمبادىء المعاملة بالمثل.

الفصل الخامس

الأنوثة وأثرها في الأهلية والمساواة

لم تفرق الشريعة الإسلامية في الأهلية بين الأنثى والذكر بل إن الأنثى والذكر على حد سواء في أهلية الوجوب وأهلية الأداء على خلاف بعض الشرائع القديمة فقد كانت المرأة معدومة الأهلية وهي في حالة إيصاء كاملة كما هو الشأن عند الرومان، ولم ترفع عنها الوصاية إلا سنة / 410/ م وكذا في بعض الدول الحديثة، ففي فرنسا مثلاً وإن كان القانون الفرنسي قد ساوى بين الرجل والمرأة في الأهلية بشكل عام بيد أنه كان لا يجيز للمرأة مباشرتها بعض الحقوق المقررة للرجل كعضوية مجلس الأسرة والتوقيع على الكمبيالة، كما كان يمنع الوصاية والقوامة من النساء عدا الأم فقط. هذه النظرة الضيقة لحقوق المرأة كانت قائمة عند العرب قديماً إذ كانت المرأة في عصر الجاهلية تسبى مع الأموال، كما أن بعض القبائل كانت تئد الأنثى، تخلصاً مما قد تجلبه من العار حال حياتها وتهرباً من نفقات معيشتها.

وإلى هذا أشار القرآن الكريم فقال:

﴿وَإِذَا بُشِّرَ أَحَدُهُم بِٱلۡأُنثَىٰ ظَلَّ وَجۡهُهُۥ مُسۡوَدّٗا وَهُوَ كَظِيمٞ * يَتَوَٰرَىٰ مِنَ ٱلۡقَوۡمِ مِن سُوٓءِ مَا بُشِّرَ بِهِۦٓ . . .﴾[1].

وقوله تعالى:

﴿وَإِذَا ٱلۡمَوۡءُۥدَةُ سُئِلَتۡ * بِأَيِّ ذَنۢبٖ قُتِلَتۡ﴾[2].

---

(1) سورة النحل، الآية: 58.

(2) سورة التكوير، الآية: 8، 9.

فالمرأة قبل الإسلام إذن كانت معدومة الأهلية ولما جاء الإسلام بشريعته الغراء سوى بين الرجل والمرأة، وخاطب القرآن المرأة كما خاطب الرجل على حد سواء ورتب المسؤولية والجزاء، كما كفل لهاحياة طيبة كريمة فيها روح المساواة والعزّة والإباء والاحترام بحيث أوجب للمرأة الأهلية الكاملة، وأنقذها من الوصاية الدائمة.

وبهذا ثبت للمرأة ما ثبت للرجل من حقوق والتزامات، إذ جعل لها حق التصرف في جميع المعاملات بجميع أنواعها، لا سلطان لأحد عليها ما دامت قد بلغت. كما اعتبرت الشريعة لها ذمة مستقلة، وبهذا نجد أن الأنوثة لا يمكن أن تعتبر عارضاً من عوارض الأهلية، تنقص بها المسئولية أو تنتفي، بل أقام المساءلة على حد سواء كما أثاب على العمل الصالح فقال:

﴿مَنْ عَمِلَ صَٰلِحًا مِّن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَلَنُحْيِيَنَّهُۥ حَيَوٰةً طَيِّبَةً وَلَنَجْزِيَنَّهُمْ أَجْرَهُم بِأَحْسَنِ مَا كَانُوا۟ يَعْمَلُونَ﴾[1].

ويقول الله سبحانه وتعالى أيضاً حول مبدأ التساوي في الأهلية بين الذكر والأنثى:

﴿وَمَن يَعْمَلْ مِنَ ٱلصَّٰلِحَٰتِ مِن ذَكَرٍ أَوْ أُنثَىٰ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَأُو۟لَٰٓئِكَ يَدْخُلُونَ ٱلْجَنَّةَ وَلَا يُظْلَمُونَ نَقِيرًا﴾[2].

ويقول كذلك في شأن حقوق المرأة وأهليتها واكتسابها تبعاً لجدها واجتهادها إذ لكل منهن نصيب من الحسنات.

﴿... لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبُوا۟ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكْتَسَبْنَ ...﴾[3].

ويقول الله سبحانه وتعالى بخصوص المساءلة الجزائية وأهلية المرأة والرجل للعقاب نتيجة عمل كل منهما:

---

(1) سورة النحل، الآية: 97.

(2) سورة النساء، الآية: 124.

(3) سورة النساء، الآية: 32.

﴿. . . ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجْلِدُوا۟ كُلَّ وَٰحِدٍ مِّنْهُمَا مِا۟ئَةَ جَلْدَةٍ . . .﴾[1].

وكذا بالنسبة للسرقة:

﴿. . . وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓا۟ أَيْدِيَهُمَا جَزَآءًۢ بِمَا كَسَبَا نَكَٰلًا مِّنَ ٱللَّهِ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ. . .﴾[2].

هذا والمساواة في الأهلية تقتضي المساواة في تطبيق العقوبة في المسؤولية.

وحديث رسول الله ﷺ في تطبيق الحد على المرأة[3] ومهما يكن حسبها ونسبها أكبر دليل على ذلك إذ قال:

«إنما هلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق الشريف تركوه، وإذا سرق الضعيف أقاموا عليه الحد، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها».

هذا وكما سوى الإسلام في الأهلية بين المرأة والرجل في الحقوق المدنية بمختلف أنواعها. فأثبت للمرأة من حقوق والتزامات ما يثبت للرجل، وجعل لها حق التصرف في جميع المعاملات، لا سلطان لأحد عليها إذ اعتبر ذمتها مستقلة، ولم يعتبر الأنوثة عارضاً من عوارض الأهلية كما ذكرنا.

فأعطى للمرأة جميع الحقوق المدنية التي أعطيت للرجل سواء قبل زواجها أو بعده فقال تعالى:

---

(1) سورة النور، الآية: 2.

(2) سورة المائدة، الآية: 38.

(3) حدث في عهد الرسول ﷺ بأن فاطمة المخزومية كان قد وجب عليها حد السرقة لسرقتها قطيفة وحلّياً ـ فجاء أسامة بن زيد وكان من أحب الناس إلى رسول الله ﷺ يشفع فيها ويرجو أن تغفر لها زلتها وألاّ يقام عليها الحدّ، مبرراً شفاعته بأنها تنتمي إلى بطن بني مخزوم وهو من أشرف البطون، وأن إقامة الحد عليها سيجلب العار على أهلها، فأنكر الرسول ﷺ هذه الشفاعة، وقال حديثه المشهور المذكور أعلاه.
وانتهر أسامة قائلاً له: «أتشفع في حد من حدود الله. . . ثم قال أيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها».

﴿. . . وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ . . .﴾[1].

فقبل الزواج أعطاها أهليتها المستقلة عن أهلية أبيها وشخصيته على الرغم من أنها تحت رعايته، فمجرد أن تكون بالغة لها الحق في أن تتعاقد وتتحمل الالتزامات كما لها أن تمتلك العقار أو المنقول ولا يحق لوليها أن يتصرف في أموالها إلا إذا أذنت له بذلك أو أنابته عنها، أو أوكلته بذلك.

كما لها أن تعزله من الوكالة وتوكل من تشاء غيره.

في أهلية المرأة للزواج:

أما أهلية المرأة وحقوقها في الزواج فقد خولت الشريعة الإسلامية المرأة حق اختيارها للزوج الذي تريده بحرية كاملة، فلا تجيز أن تجبر البالغة العاقلة على قبول زوج دون رضاها، أما إذا كانت المرأة ثيباً فلا بد من رضاها الصريح في الزواج.

أما إذا كانت بكراً فيكتفي بما يدل على رضاها، إذ السكوت في معرض الحاجة إقرار، وذلك احتراماً لخفرها وحيائها، وإلى هذا أشار رسول الله ﷺ فقال:

«تستأمر النساء في أبضاعهن، والثيب يعرب عنها لسانها، والبكر تستأمر في نفسها، فإن سكتت فقد رضيت».

إذ يروى أن «إذنها صماتها» أو سكوتها، فالإسلام إذن إذ أجاز لوليها مشاورتها في قبول الزوج الذي تشاؤه بيد أنه ليس له أن يجبرها على زوج معين، وإلى هذا أشار رسول الله ﷺ فقال:

«الأيِّم أحق بنفسها من وليها».

هذا وذهب أبو حنيفة إلى تمام أهلية المرأة فقرر أن للمرأة أن تزوج نفسها متى شاءت شريطة ألاّ تتزوج إلا بكفء، وأن ليس لوليها الاعتراض إلا عند عدم تحقق الكفاءة.

(1) سورة البقرة، الآية: 228.

ولعل اشتراط الكفاءة هذه لا ينقص من أهلية المرأة في ممارستها لحق زواجها ممّن شاءت بيد أن عدم التكافؤ قد يحقق عاراً لأسرة الزوجة، لهذا أراد الإسلام أن يحافظ على حق الأولياء في ألاّ تلحق المرأة بزواجها ممّن تشاء عاراً بهم.

لهذا كان إشراك الأولياء معها في اختيارها ليس فيه إرهاق أو استبداد، أو إنقاص من أهليتها، فالحكمة في هذا الاشراك إذاً المحافظة على الكفاءة تجنباً للعار من جهة، والحرص على عدم تجاوز هذا الحد من جهة ثانية، لهذا أجاز الإسلام للأولياء حق الاعتراض عند عدم الكفاءة، كذلك حَرِصَ الإسلام على عدم الاعتداء على حق المرأة البالغة العاقلة حفاظاً على أهليتها التي تحقق لها ممارستها لحقوقها في تزويجها نفسها ممن تشاء بقيد الكفاءة الذي ذكرناه.

كما حرم الإسلام أيضاً تزويج البالغة العاقلة دون رضاها أو على كره منها، كما حرم عضلها وهو منعها من الزواج فقال تعالى:

﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْاْ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ ۗ ذَٰلِكَ يُوعَظُ بِهِۦ مَن كَانَ مِنكُمْ يُؤْمِنُ بِٱللَّهِ وَٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ ۗ ذَٰلِكُمْ أَزْكَىٰ لَكُمْ وَأَطْهَرُ ۗ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ وَأَنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴾[1].

وفي هذه الآية خطاب للأولياء وللأزواج والحكام وتوجيه لهم بعدم جواز الاعتداء على أهلية المرأة وحريتها في الزواج.

إذ لا يليق بكم جميعاً، ومن له شأن أن يمنع المرأة المطلقة إذا انتهت عدتها أن تنكح زوجها السابق أو زوجاً آخر، إذا حصل التراضي ما دام لم يكن هناك محرم ولا محظور شرعاً، وكانت الكفاءة محققة بين الزوجين.

إذ عدم منع النساء من الزواج أزكى وأطهر للأعراض والبيوت وأنمى للشرف والكمال[2].

---

(1) سورة البقرة، الآية: 232.

(2) محمود حجازي ـ التفسير الواضح ج/ 1 ص 69.

كل هذا حفاظاً على استمتاع المرأة بأهليتها وحماية للمجتمع من الفساد، وتكريماً لمفهوم الزواج الرضائي.

فقال تعالى:

﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ . . .﴾[1].

هذا خطاب وتوجيه أيضاً للأمة جميعاً بالحضِ على التعاون في وجوب الزواج وتزويج من لا زوج له.

فمن باب أولى تزويج الأيامى ومنع الأولياء أن يتحكموا في بناتهن أو فيمن لهم عليهن الولاية من الأيامى، فيزوجوهن بدون أخذ رأيهن أو يمنعوهن من الزواج ليفتدين أنفسهن بما ورثنه من أزواجهن، كل هذا شجب لما كان يقوم عليه نظام العرب في الجاهلية قبل الإسلام.

حيث كان لا يعتد بأهلية المرأة ولا بالتصرف بأموالها من قبل أقربائها دون رضاها.

إذ كان للأخ ولابن العمل أن يرث زوجة أخيه، أو ابن عمه، ثم إن شاء استبقاها لنفسه، وإن شاء زوجها غيره وأخذ صداقها رضيت أم لم ترض، وإن شاء عضلها عن الزواج لتفتدي نفسها بما ورثته عن زوجها.

ولهذا نزلت الآية فقال تعالى:

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُوا۟ ٱلنِّسَآءَ كَرْهًا وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا۟ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ . . .﴾[2].

هذا خطاب للمؤمنين بتحريم نكاح نساء أقاربهم بدون رضى منهن، بمعنى أنه يقتضى تبعاً لتمام وكمال أهلية المرأة، أن تختار من تشاء لزواجها منه، بقيد ما هو متفق مع الشريعة الإسلامية إذ حظر القرآن نكاح زوجات آبائهن وعضلهن.

---

(1) سورة النور، الآية: 32.

(2) سورة النساء، الآية: 19.

قال تعالى:

﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا۟ بِبَعْضِ مَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ﴾.

أي لا يحل لكم أيها المؤمنون أن تحبسوا نساءكم وتضيّقوا عليهن مضارةً لهنّ وتقييداً لأهليتهن ليفتدين منكم بما أعطيتموهن من المهر.

إذ الأهلية الكاملة تخول حق اختيار صاحبها تبعاً لإرادته، أما إذا كانت أهلية الأنثى قاصرة، فقد أوجبت الشريعة الإسلامية حماية حقوق الإناث تبعاً لمساواة أهليتهن مع أهلية الذكور، سواء كانت الأهلية كاملة أو ناقصة.

ففي حقوق القاصرات اعتبرت الشريعة أنهن بحاجة إلى رعاية، فهن لئن كان من حقهن التملك تبعاً لأسبابه كالميراث والوصية والهبة، فإنه من العدالة حماية حقوقهن، والمحافظة عليها من قبل أوليائهن واستثمارها، إذ نهى الإسلام عن التعدي على أموال اليتامى ذكوراً كانوا أو إناثاً.

فقال تعالى:

﴿وَءَاتُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰٓ أَمْوَٰلَهُمْ ۖ وَلَا تَتَبَدَّلُوا۟ ٱلْخَبِيثَ بِٱلطَّيِّبِ ۖ وَلَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَهُمْ إِلَىٰٓ أَمْوَٰلِكُمْ ۚ إِنَّهُۥ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا﴾[1].

وقال تعالى:

﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ۖ وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا۟ . . .﴾[2].

وقال تعالى:

﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا ۖ وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾[3].

(1) سورة النساء، الآية: 2.

(2) سورة النساء، الآية: 6.

(3) سورة النساء، الآية: 10.

فالشريعة حضت على حماية قاصري الأهلية وخاطبت الأوصياء عامة بضرورة الإنفاق على اليتامى من أموالهم والمحافظة عليها، فنهى عن أن يأكلوا منها شيئاً فمن استبدلها متخذاً من وصايته وقصور أهلية اليتيم سبباً لتبديد أمواله أو أخذها لنفسه، فقد ارتكب إثماً كبيراً، لأن المال عند الأوصياء يدهم عليه يد أمانة، يقتضي رده عند إيناس الرشد من هؤلاء القصر، هذا بالنسبة للعلاقات المالية.

أما بالنسبة لشؤون قاصرات الأهلية في الزواج فقد ذكرنا أن الإسلام قد راعى حقوق القاصرة في الزواج فأباح لها ذلك إذا تم بإذن وليها سواء كان القاصر ذكراً أو أنثى.

ومع ذلك ذهب بعض المذاهب إلى أن الذي يتزوج على هذه الطريقة له بعد بلوغه سن الرشد أن يقر عقد الزواج أو يفسخه.

ويرى الإمام أبو حنيفة أنه إذا كان ولي الأمر الذي أشرف على زواج القاصر أوالقاصرة، كان أباً أو جداً فلا خيار للقاصر أو القاصرة بعد بلوغها سن الرشد، لأن الأب والجد لا يتصور منهما حيف، وهما وافرا الشفقة فولايتهما إذن غير قاصرة على خلاف ما إذا كان الولي غير الأب والجد فللصغير أو الصغيرة الخيار عند البلوغ إن شاءا أقاما على الزواج وأبقياه، وإن شاءا فسخاه، لأن ولاية غير الأب والجد قاصرة لقصور شفقتهم، فربما يتطرق الخلل إلى الزواج فيتدارك بالخيار عند بلوغ أصحاب الشأن[1].

أما عن أهلية المرأة بعد الزواج:

والتي بلغت سن الرشد فهي والرجل على حد سواء في الحقوق والواجبات، فالمرأة بعد زواجها تبقى لها شخصيتها المدنية كاملة وكذا اسمها واسم أسرتها وجميع حقوقها المدنية فلها أن تجري العقود على اختلاف أنواعها من بيع وشراء وهبة، ورهن، ووصية، وما إلى ذلك على خلاف ما هي عليه في معظم أمم الغرب.

---

(1) الميداني ـ علي القدوري ص 302.

فالزوجة في الإسلام لها ذمتها المستقلة على زوجها ولها ثروتها الخاصة بها، ولا يجوز للزوج أن يتعدى عليها أو يأخذ منها شيئاً قل ذلك أو كثر سواء كان المال لها أصلاً أو كان الزوج سبق أن آتاه إياها إذ قال تعالى:

﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَـٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا * وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَـٰقًا غَلِيظًا﴾[1].

وقال تعالى:

﴿... وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا ...﴾[2].

ولعل مرد ذلك احترام حقوق الزوج لنفي الظلم إذ كيف يسوغ الاعتداء على مال ملكتة الزوجة نتيجة ميثاق وعهد قام بينها وبين زوجها أفضى إلى وصل كل منهما بالآخر بما أحله الله سبحانه وتعالى، سيما وقد أوصى الرسول ﷺ خيراً بالنساء فقال:

«استوصوا بالنساء خيراً، فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم في فروجهن بكلمة الله»[3].

لهذا حرم الله أخذ ما آتاه الرجل لزوجته إلا برضاها وعن طيب نفس منها وإلى هذا أشار القرآن فقال:

﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحْلَةً ۚ فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَىْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾[4].

هذا وإذا كانت أهلية المرأة متساوية مع أهلية الرجل فمن البديهي أيضاً أنه لا يحل للزوج أن يتصرف بأموال زوجته نظراً لاستقلال ذمتها إلاّ إذا أذنته

---

(1) سورة النساء، الآية: 20 ـ 21.

(2) سورة البقرة، الآية: 229.

(3) رواه مسلم وهو من خطبة الرسول ﷺ في حجة الوداع.

(4) سورة النساء، الآية: 4.

بذلك أو وكلته في إجراء أي عقد بالنيابة عنها، كما لها أن تعزله ويلغي بذلك عقد الوكالة.

وهكذا نجد أن المرأة إذ هي تتساوى مع الرجل في الأهلية فإن مرد ذلك أن الشريعة الإسلامية حققت للمرأة مقاماً محترماً إذ حقق لها وظيفة اجتماعية وإنسانية في الحياة، فهي قرينة الرجل، حيث شرع الله بها الزواج فجعله نعمة للإنسانية، به يتحقق التواد والتراحم، كما أنه مجلبة للألفة والوفاق، فيه يسكن الرجل إلى زوجته ويستأنس بها ويتحقق معها التعاون، فيجد بها الزوج معيناً له على تدبير منزله ومسكنه ومؤازرته، بحيث تقوم المودة والمحبة بينه وبينها ويتحقق الاستمتاع بها، لتحقيق النسل في العادة، قال تعالى:

﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾(1).

وهكذا نجد المساواة ملحوظة في هذه الآية في المحبة والمساكنة بين الزوج والزوجة وهذا من آيات الله سبحانه وتعالى، إذ خلق لنا من أنفسنا نساءهن مع الرجال سواء في البشرية والآدمية وفي الطباع العامة والغرائز، فمن باب أولى أن يكون التساوي قائماً أيضاً في الأهلية.

هذه المساواة العامة التي حققها الله بين الرجل والمرأة دعت لسكن النفس نتيجة الزواج إذ أن النفس ميالة إلى من يرافقها ويلائمها ويلتقي معها في الغرض العام ولهذا حققت المودة والرحمة نتيجة للصلة الروحية القوية بين الرجل والمرأة لهذا كان التساوي في الأهلية كما قلنا.

وعليه أوجب الله الميراث للزوجة والرجل كل يرث الآخر كما وجبت النفقة على الرجل لزوجته وأولادها وهو ملتزم بها حتى ولو كانت موسرة.

كل هذه مدعاة للإقبال على الزواج وتحقيق هدفه، وهو بقاء النوع الإنساني الذي مصدره ليس الغريزة الجنسية والاتصال المادي فحسب، بل مبعثه اختلاط الأرواح واتصال النفوس والاجتماع لغرض بناء المسكن

(1) سورة الروم، الآية: 21.

الزوجي على أسس كريمة، وتقوى وصلاح والتي هي الدعائم القوية في الحياة. هذا النهج الذي ارتضته الشريعة الإسلامية من الزواج إنما هو ما يلائم طبيعة الوجود الإنساني ويتفق مع حياة العالم الاجتماعية التي ترمي إلى تهذيب الحياة والسير بها إلى معارج السعادة والكمال.

لهذا حضّ الرسول ﷺ على شرعة الزواج فقال:

«من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج، ومن لم يستطع منكم فعليه بالصوم فإنه له وجاء».

وخلاصة القول أن أهلية المرأة تتساوى مع أهلية الرجل وإن بعض الفقهاء قالوا بولاية المرأة مستندين في ذلك إلى قوله تعالى:

﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ. . .﴾[1].

هذا النص مطلق يدخل في شموله النساء فالسفيهة من النساء من لم يكن لها عقل يفي بحفظ المال، ويدخل في هذا الشمول إذن النساء والصبيان والأيتام، وكل من كان موصوفاً بهذه الصفة، وهذا القول أولى لأن التخصيص بغير دليل لا يجوز[2].

فالمرأة غير السفيهة إذن لها أهلية كاملة[3]، وأن لها أن تعقد زواجها بنفسها ما دامت رشيدة وهذا رأي الأحناف[4]، ويرى الفقهاء أن الزواج نفسه

---

(1) سورة النساء، الآية: 5.

(2) المراد بالسفهاء هم النساء والصبيان في قول ابن عباس والحسن وقتادة وسعيد ابن جبير، قالوا إذا علم الرجل أن امرأته سفيهة مفسدة وإن ولده سفيه مفسد فلا ينبغي له أن يسلط واحداً منهما على ماله فيفسده، (الإمام فخر الرازي التفسير الكبير ج/9 ص 185).

(3) وروي عن مالك أن المرأة يرتفع عنها الحجر بعد الزواج والدخول وإيناس الرشد إذ لا يتصور الاختيار في قوله تعالى:
«وابتلوا اليتامى»، لأنها محجوبة لا تخالط الرجال ولا تباشر الأمور المالية وقيل إن اليتيمة إذا لم تتزوج بقيت تحت الوصاية حتى تعنس (ابن رشد بداية المجتهد ج/2 ص 281).

(4) يرى جمهور الفقهاء أن النكاح لا ينعقد بعبارة المرأة، وإن كان لا بد من رضاء البالغة الرشيدة، ويرى الإمام أبو حنيفة وبعض أصحابه صحة انعقاد النكاح بعبارة المرأة البالغة الرشيدة إذا كان الزوج كفؤاً، ويرى محمد الحسن أن عقد كل من المرأة ووليها يكون موقوفاً على إجازة الآخر منهما، السرخسي المبسوط كتاب الزواج.

لا ينقص أهلية المرأة بل به تكمل أهليتها وبالتالي فتملك أن تتعاقد وأن تتبرع أو تهب من تشاء بمحض إرادتها واختيارها[1].

ودليل ذلك حديث رسول الله ﷺ بما رواه سعيد الخدري أن الرسول كان يخرج يومي الفطر والأضحى ويقول:

«تصدقوا تصدقوا وكان أكثر من يتصدق النساء».

هذا كما أنه ليس للزوج أن يتعرض لزوجته فيما تتصرف به من مال أو معاملات طمعاً في أن يرثها بعد وفاتها.

إذ في هذا اعتراض وإنقاص لأهليتها لا يسوغ قبوله من الزوج وهذا رأي بعض المفسرين في تفسير قوله تعالى:

﴿... لَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَرِثُوا۟ ٱلنِّسَآءَ كَرْهًا ...﴾[2].

هذا ولئن كانت المرأة متساوية في الأهلية مع الرجل على ما ذكرناه فإنه مع ذلك نجد أن هناك بعض الفوارق بينهما قد يكون مردها إلى مراعاة طبيعة كل من الجنسين سواء من حيث أعباء الحياة وما يصلح لكل منهما أو تبعاً لكفالة المصلحة العامة ومصلحة الأسرة، بل ومصلحة المرأة نفسها.

وسنعرض بعض هذه الفوارق فيما يلي:

أ ـ في اختلاف مقدار الميراث:

الأصل أن المرأة متساوية مع الرجل في أصل الحق في الميراث بعد أن كانت محرومة منه في الجاهلية.

---

(1) يرى الإمام الشافعي أن المرأة ليس لها أن تقبل الوكالة عن غيرها إلاّ بإذن وزجها وذلك مرعاة لحقوق الزوجية كما ذهب ابن مالك إلى أنه لا يجوز للزوجة أن تتصرف بأموالها إلاّ بموافقة زوجها وجاء في المغني لابن قدامة ج/4 ص 464 «وظاهر كلام الحرفي أن للمرأة الرشيدة التصرف في مالها كله بالتبرع والمعاوضة وهذا إحدى روايتين عن أحمد وهو مذهب أبي حنيفة والشافعي وابن المنذر وعن الرواية الأخرى عن أحمد أنه ليس لها أن تتصرف في مالها بزيادة على الثلث بغير عوضه [illegible] زوجها وبها قال مالك».



(2) سورة النساء، الآية: 19.

فنزلت الآية الكريمة تكريماً للمرأة فخصصت لها حصة مفروضة معلومة مما خلف الميت بعده سواء كان قليلاً أو كثيراً.

قال تعالى:

﴿. . . لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ ٱلْوَٰلِدَانِ وَٱلْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا﴾[1].

على أن المساواة في أصل الحق لا تنفى اختلاف مقدار الحصة من الميراث لحكمة عامة ومصلحة ظاهرة اقتصادية واجتماعية.

قال تعالى:

﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوْلَٰدِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ . . .﴾[2].

هذا التفريق مرده أن الإسلام راعى التكليفات المالية التي هي على عاتق الرجل إذ هو المكلف بالنفقة على نفسه وعلى من يعول ما دام غنياً أو فقيراً قادراً على العمل، زوجاً كان أم أباً أم أخاً. . فهو إذن المطالب بنفقة الأولاد وعلاجهم وإصلاحهم وتعليمهم.

كما أنه المطالب بنفقة المرأة وبدفع مهرها وتأمين السكن لها وسائر النفقات، لأن الزوجة نفقتها واجبة على زوجها مطلقاً غنية كانت أم فقيرة، بينما نجد المرأة لا تتحمل شيئاً من التبعات فهي تأخذ ولا تعطي، وتغنم ولا تغرم، وتدخر ولا تنفق، ذلك لأن الفطرة الإنسانية التي قام عليها بنيان المجتمع هي التي حددت مركز المرأة فجعلتها قوامة على تدبير منزلها ورعاية أولادها وتأمين راحتهم.

بينما حدد مركز الرجل بكونه كادحاً يعمل لتحقيق الإنفاق على أسرته، ولهذا فليس من العدالة والإنصاف المساواة في حصص الميراث وإن كانت هذه ليست بقاعدة عامة في المواريث لأن الأصل هو المساواة.

(1) سورة النساء، الآية: 7.

(2) سورة النساء، الآية: 11.

فالمرأة مساوية لأهلية الرجل في أصل الاستحقاق إذا اتحدت درجة القرابة وكانت قرابة مباشرة، فالبنت والابن كل منهما يستحق إرثه من أبيه، وكذا الأم كالأب، والزوجة كالزوج، والأخت كالأخ من حيث استحقاق الإرث تبعاً للقرابة:

«ذلك أن مبنى الإرث في الفقه الإسلامي يقوم على مبدأين القرابة والعصوبة(النصرة) فبالقرابة ورث المباشرون من الأقرباء، وبالعصوبة ورث باقي الأقرباء، ولما كانت العصوبة بالنفس (النصرة) لا تكون إلا بالرجل.

كان الإرث بالتعصيب للرجال وحدهم غالباً في القرابة غير المباشرة ذلك أن المرأة عندما تستحق الإرث بحسب القواعد المعروفة يكون نصيبها مثل نصيب الرجل المساوي لها في القرابة إذا لم يُمَيّز عليها بالعصوبة، فإذا ساواها في القرابة وامتاز بالعصوبة، كان نصيبه أكبر من نصيبها لامتيازه، وقد يكون نصيب المرأة أكبر من نصيب الرجل في بعض الأحوال، مع ذلك إذا كان إرث المرأة أقل من الرجل في بعض الأحوال فإنها لا تعتبر مغبونة أبداً، لأن لها في أحكام أخرى وامتيازات كثيرة منحها الإسلام إياها، ما يغطي ذلك ويجعلها في محاذاة الرجل من حيث المجموع»[1]. على ما تقدم ذكره.

ب ـ الاختلاف في الدية بين الأنثى والذكر:

الدية عقوبة أصلية للقتل والجرح في شبه العمد والخطأ عملاً بقوله تعالى:

﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَن يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَـًٔا ۚ وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ إِلَّآ أَن يَصَّدَّقُوا۟ . . .﴾[2].

والدية هي مقدار من المال معين وهي حق خالص للمجنى عليه وتعويض معاً وهي تختلف في شبه العمد عنها في الخطأ وتختلف في الجرح حسب نوع الجريمة وجسامته.

(1) أحمد الحجي الكردي ـ أحكام المرأة في الفقه الإسلامي ص 91 وما بعدها.

(2) سورة النساء، الآية: 92.

هذا الحق لا يملك القاضي إنقاصه أبداً، فالدية واحدة بمعنى أن دية الصغير كدية الكبير ودية القوي كدية الضعيف، ودية الحاكم كدية المحكوم، ودية الشريف كدية الوضيع، كل هذا تطبيقاً لمبدأ المساواة، ومع ذلك فإن لهذا المبدأ استثناء بالنسة للمرأة، إذ المتفق عليه أن دية المرأة نصف دية الرجل في القتل وعلى اختلاف في المذاهب.

فأبو حنيفة والشافعي يريان أن ما يجب للمرأة نصف ما يجب للرجل بصفة مطلقة[1].

أما الإمام مالك وأحمد بن حنبل فإنهما يريان أن المرأة تساوي الرجل إلى ثلث الدية، فإن زاد الواجب على ثلث الدية فللمرأة ما يجب للرجل[2].

أما بالنسبة لحمل الدية وتحملها فقد اختلف الفقهاء في مقدار نسبة توزيعها من حيث تحقيق مبدأ المساواة، وما إذا كانت تفرض على المرأة والرجل بالتساوي أم لا؟

رأى الفقهاء أن الجاني إذا كان ناقص الأهلية أو معدومها فهل تتوجب الدية عليهما أم لا؟

رأي الإمام مالك وأبو حنيفة وأحمد أن الدية الواجبة على فعل الصغير أو المجنون إذا تعمد الفعل كان خطأً لا عمداً وأن الدية تتحملها العاقلة[3].

لأنهم يرون أن عمد الصغير والمجنون خطأ لا عمد، إذ لا يمكن أن يكون لهما قصد صحيح فألحق عمدهما بالخطأ»[4].

(1) الكاساني - بدائع الصنائع ج/7 ص 312.
(2) ابن قدامة المغني ج/9 ص 523.
(3) العاقلة: هي من يحمل العقل وعاقلة الرجل عصبته وهم القرابة من قبل الأب الذين يعطون ديّة من قتله خطأً (سعيد الشرتوني أقرب الموارد) ولا يدخل في العاقلة الإخوة لأم ولا الزوج ولا سائر ذوي الأرحام، والعقل هي الدية وسميت عقلاً لأنها تعقل لسان ولي المقتول، وقيل سميت العاقلة لأنهم يمنعون عن القاتل، فالعقل إذن هو المنع.
(4) الكاساني - بدائع الصنائع ج/7 ص 255.

هذا وإذا كانت العاقلة لا تكلف مما يشق عليهما، لذلك فقد ذهب مالك وأحمد إلى أن الحاكم يفرض هذا الحق على كل واحد بما يسهل عليه ولا يؤذيه أما الإمام أبو حنيفة فيرى أنه لا يؤخذ من الفرد ما يزيد على ثلاثة دراهم أو أربعة، كما يرى التسوية بين الغني ومتوسط الحال[1].

هذا وليس على الفقير ولا على المرأة ولا على الصبي ولا على المجنون شيء من الدية باعتبار أن تكليف الفقير أجحاف به، كما أن الصبي أو المجنون أو المرأة ليسوا من أهل النصرة فإذا ارتكب أي منهم جناية ما، فيعقل عنه من قبل عاقلته.

ج ـ الاختلاف في الشهادة:

تختلف المرأة عن شهادة الرجل بحيث تعتبر شهادة امرأتين بشهادة رجل ومرد ذلك النص القرآني قال تعالى:

﴿... وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَىٰ وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا ...﴾[2].

وعلى هذا نلاحظ أن شهادة امرأتين تعادل شهادة رجل واحد باعتبار أن المرأة تمارس أغلب أعمالها في المنزل، فمن البديهي إذن أن تتعرض لنسيان الوقائع بدليل الآية المذكورة وليس في هذا ما يمس قيمة المرأة أو كرامتها بدليل أنها في حالات خاصة تعتمد شهادتها وحدها وتعتبر مقبولة، كالشهادة في الولادة والبكارة وغير ذلك.

فالآية السالفة الذكر إذن ليس فيها ما ينقص من أهلية المرأة، فهي متساوية مع الرجل في الحقوق والواجبات على ما تقدم ذكره، إذ القرآن خاطبها كما خاطب الرجل، ورتب عليها كما رتب على الرجل من متطلبات وواجبات من إيمان، وعبادة، وصلاة، وعمل، وتعلم، وتدبر، وتفكر،

---

(1) الكاساني ـ بدائع الصنائع ج/7 ص 256 وابن قدامة المغني ج/9 ص 520.

(2) سورة البقر، الآية: 282.

وجهاد، وزكاة، وأمر بالمعروف ونهي عن المنكر، ودعوة إلى الخير، والتواصي بالصبر والإنفاق في سبيل الله.

هذا وإذا كان القرآن الكريم قد جعل حق القوامة للرجل على المرأة، فإن هذا الحق يزول إذا امتنع عن الإنفاق على زوجته إذ القوامة مقررة للرجل بمقابل إعالته لها وإدارته للشؤون الزوجية، ومع ذلك نلاحظ أن بعض المفسرين للآية أوردوا أقوالاً للتابعين وتابعي التابعين وبعض أئمة الفقه شذوا بها عن المساواة بين الرجل والمرأة تبعاً للشهود ونصاب الشهادة واعتبروا أن شهادة المرأة غير جائزة ولا مقبولة في العقوبات والجرائم، وجرائم الحدود، ولا تقبل إلا في الأموال، أو في نطاق ما من العادة أن تعرفه، ومن هؤلاء الإمام مالك فقال:

«لا يقبل النساء مع رجل ولا بدونه في قصاص ولا حد، ولا طلاق، ولا نكاح، ولا رجعة، ولا عتق، ولا نسب، ولا إحصان، وتجوز شهادتهن مع رجل في الديون، والأموال والوكالة، والوصية التي لا عتق فيها، ويقبلن منفردات في عيوب النساء والولادة والرضاع والاستهلال، وحيث يقبل شاهد ويمين الطالب، فإنه يقضى بشهادة امرأتين مع رجل في الأموال كلها، وفي العتق لأنه مال، وفي قتل الخطأ، وفي الوصية لإنسان بمال، ولا يقبلن في أصل الوصية لا مع رجل ولا دونه[1]».

ويرى أهل الظاهر ومعهم ابن حزم أنه تجوز شهادة امرأتين مكان رجل[2]، فقال ابن حزم:

«ولا يجوز أن يقبل في الزنا أقل من أربعة رجال عدول مسلمين، أو مكان كل واحد امرأتان مسلمتان عدلتان، فيكون ذلك ثلاثة رجال وامرأتين، أو رجلين وأربع نسوة، أو رجلاً واحداً وست نسوة، أو ثماني نسوة فقط، ولا يقبل في سائر الحقوق كلها من الحدود والزنا، وما فيه القصاص والنكاح، والطلاق، والأموال، إلا رجلان مسلمان عدلان أو رجل وامرأتان

(1) محمد ابن قيم الجوزية الطرق الحكمية ص 136.

(2) ابن قدامة المغنى ج/12 ص 6 ـ 9.

كذلك أو أربع نسوة كذلك، ويقبل في كل ذلك حاشا الحدود رجل واحد عدل أو امرأتان كذلك مع يمين الطالب، ويقبل في الرضاع وحده امرأة واحدة عدلة أو رجل واحد عدل»[1].

هذا ومن الجدير بالذكر أن نصاب الشهادة واشتراط العدد فيه أمر تعبدي، جاء على خلاف القياس، لأن الحكم لقوة الدليل لا لكثرته، وإن رجحان الصدق بالعدالة، لا بالعدد، وبعبارة أخرى أن العبرة بوزن الشهادة وقيمتها، لا بكثرتها وقلتها ولكن عملاً بالكتاب والسنة اشتراط العدد فيها[2].

وإننا إذ نتعرض لنصاب الشهادة، ذلك لما له من أثر في تعديل شهادة المرأة، من حيث مساواة شهادتها لشهادة رجل أم لا ولهذا رأينا أن آراء الفقهاء غير متفقة حول هذا التعديل لا من حيث الشهود به ولا من حيث نصاب الشهادة.

ويحسن بنا هنا أن نستعرض تلخيص رأي الشريعة الإسلامية بهذا الخصوص، وعلى هذا يمكن أن نقسم نصاب الشهادة باختلاف المشهود به في الشريعة الإسلامية إلى أربع مراتب:

المرتبة الأولى:

نصاب هذه المرتبة في الفقه الحنفي والمالكي والشافعي أربعة من الذكور، فلا تقبل شهادة أقل من أربعة رجال، ولا شهادة النساء مطلقاً، لا بمفردهن ولا مع الرجال، وذلك في واقعة الزنا من أجل الحد، ومرد هذا عندهم الآية الكريمة:

﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً . . .﴾[3].

وقوله تعالى:

﴿وَٱلَّٰتِى يَأْتِينَ ٱلْفَٰحِشَةَ مِن نِّسَآئِكُمْ فَٱسْتَشْهِدُوا۟ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ . . .﴾[4].

---

(1) محمد ابن قيم الجوزية ـ الطرق الحكمية ص 138.
(2) الزيلعي ـ شرح الكنز ج/4 ص 212.
(3) سورة النور، الآية: 4.
(4) سورة النساء، الآية: 15.

فألفاظ الآيات تدل على أن شرط الذكورة هو المطلوب في الشهادة فيما تناولته من مواضيع بمعنى أن الألفاظ موضوعة للذكر دون المؤنث.

ولعل سبب التشديد في مسألة الزنا هو الرغبة في الاحتياط وحب التستر. وهذا النصاب العددي من الذكور وهو المطلوب في إثبات الزنا، لا فرق فيه بين الرجال والنساء، أي لا يقبل إثباته بالنسة لكليهما ـ الزاني والزانية ـ إلا بشهادة أربعة رجال.

أما بالنسبة للحقوق الأخرى فيكفي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين[1].

المرتبة الثانية:

ونصاب هذه المرتبة رجلان بإجماع المذاهب الإسلامية وذلك لإثبات ما بقي من الحقوق وهذا النصاب في الفقه الحنفي، وعند الإمام الشافعي يتعلق بجرائم الحدود في غير الزنا، كالسرقة، والقذف، وشرب الخمر، وفيما يوجب القصاص والقود، كالقتل قصداً والجراح عمداً.

لذلك ففي هذه الجرائم لا يقبل فيها شهادة أقل من رجلين كما لا يقبل فيها شهادة النساء مطلقاً، لا منفردات لوحدهن ولا مضمومات إلى الرجال، ولعل مرد ذلك أن الحدود تدرأ بالشبهات، إذ شهادة النساء فيها شبهة البدلية، لأن شهادة كل اثنتين منهن تقوم مقام شهادة الرجل الواحد، لقوله تعالى:

﴿... فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ ...﴾[2].

لهذا كان شرط الذكورة شرطاً مقرراً فيما يتعلق بجرائم الحدود في غير الزنا، أما في غير الحدود فتكفي شهادة رجل واحد وامرأتين.

وإلى هذا أشار ابن قيم الجوزية فقال:

«ويجوز القضاء بشهادة النساء متفرقات في غير الحدود والقصاص عند

(1) الطرابلسي ـ معين الحكام ص 89.

(2) سورة البقرة، الآية: 282.

جماعة من الخلف والسلف وقد قال بعد الفقهاء. تجوز شهادة النساء في الحدود، فالأقوال ثلاثة أرجحها أنه تجوز شهادة النساء متفرقات فيما لم يطلع عليه الرجال غالباً»[1].

أما عند علماء الظاهر فتجوز شهادة النساء منفردات أو مضمومات مع الرجال في الحدود كالقتل عمداً أو السرقة، لقيام كل امرأتين مقام رجل واحد حسب نص الآية السابق ذكرها[2].

المرتبة الثالثة:

ونصابها رجلان أو رجل وامرأتان، فلا تقبل فيها شهادة النساء وحدهن ويدخل في شمول هذا النصاب في الحنفي حقوق العباد مما هو مال أو غير مال كالدين، وعقود المعاوضة، كالبيع والرهن والإجارة، والوكالة.

وكذا ما هو من الحقوق الشخصية، كالزواج وفسخه، والطلاق، والرضاع، . . .

وكذا في الجرائم كالقتل الخطأ والقتل الذي لا قصاص عليه فهذا النصاب يطبق على جميع حقوق العباد.

وإلى هذا أشارت مجلة الأحكام العدلية.

إذ جاء فيها:

«نصاب الشهادة في حقوق العباد رجلان أو رجل وامرأتان»[3].

ومسند ذلك الآية:

﴿. . . وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ ۚ . . .﴾[4].

(1) ابن قيم الجوزية ـ الطرق الحكمية ص 78.
(2) ابن رشد بداية الهداية ج/2 ص 385.
(3) المادة /1685/ .
(4) سورة البقرة، الآية: 282.

وبهذا نجد أنه لا تقبل شهادة أربع نسوة، كما لا يجوز التفريق بين الشاهدين لانتقاء التذكير إلا باجتماعهما وهذا الحكم هو الساري في كل ما يجوز به سماع شهادة النساء...

أما عند الإمام مالك، فلا تقبل هذه المرتبة إلا في الأموال فلا تجري في حكم من أحكام البدن ـ الحدود ـ ولا النكاح، ولا الطلاق ولا السرقة[1].

أما عند علماء الظاهر فيكفي عندهم هذه المرتبة لإثبات الحدود جميعها عدا حد الزنا، وكذا لإثبات حقوق العباد كلها[2].

المرتبة الرابعة:

ونصابها فرد واحد فتقبل شهادة امرأة واحدة، واثنتان أحوط بالنسبة للمال فقط، وكذا في المحال التي لا يطلع عليها إلا النساء كالبكارة، والولادة، وعيوب النساء، كالقرن والرتق.

هذا في الفقه الحنفي وعند الإمام أحمد بن حنبل في إحدى الروايتين[2].

كما تقبل عند الأحناف شهادة المرأة الواحدة في دعوى القتل الذي يقع في حمام النساء ويحكم بموجبها بالدية لا بالقصاص، ويعللون رأيهم بأنه لو لم تقبل شهادتهن في هذا الباب لضاعت حقوق كثيرة.

أما تعليلهم لقبول الشاهدة هنا، فهو أنه بعد إسقاط الجنس أي الذكورة نظراً للحاجة وجب قبول شهادة الواحدة للضرورة.

أما عند الإمام مالك فيشترط في نصاب الشهادة من النساء اثنتان إذ يجب توفر العدد والذكورة وقد تعذر أحدهما وهو الذكورة فيبقى الآخر وهو العدد[3].

وخلاصة القول في هذا الشأن:

«الصواب أن كل ما يبين الحق فهو بيّنة ولم يبطل الله ورسوله حقاً بعد

---

(1) الإمام مالك الموطأ ج/2 ص 108، ابن رشد بداية المجتهد ج/2 ص 385.

(2) ابن رشد ـ بداية المجتهد ص 385

(3) طرق القضاء ـ أحمد إبراهيم ص 354.

ما تبين بطريق من الطرق أصلاً بل حكم الله ورسوله الذي لا حكم سواه، أنه متى ظهر الحق ووضح بأي طريق كان، وجب تنفيذه ونصره[1].

هذا وقد تعرض ابن قيم الجوزية إلى نصاب الشهادة في القرآن فقال إنها ذكرت في خمسة مواضع فذكر القرآن نصاب شهادة الزنا أربعة في سورة النساء وسورة النور، وأما في غير الزنا فذكر شهادة الرجلين والرجل والمرأتين في الأموال، فقال في آية الدّين:

﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾[2].

فهذا في التحمل والوثيقة التي يحفظ بها صاحب المال حقه، وأمر في الرجعة بشاهدين عدلين، وأمر في الشهادة على الوصية في السفر باستشهاد عدلين من المسلمين أو أخرين من غيرهم.

ثم خلص إلى القول بأن النصوص القرآنية والآثار النبوية لا تقيد شهادة المرأة في أمور دون أمور، وإن شهادتها تصح في جميع الشؤون. واستند في ذلك إلى قوله تعالى:

﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾[3].

وفي الآية الأخرى:

﴿ٱثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ ءَاخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ﴾[4].

بخلاف آية الدّين فإنه قال:

﴿وَٱسْتَشْهِدُوا۟ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾[5].

---

(1) ابن قيم الجوزية أعلام الموقعين ج/1 ص 192 ـ 193.

(2) سورة البقرة، الآية: 282.

(3) سورة الطلاق، الآية: 2.

(4) سورة المائدة، الآية: 106.

(5) سورة البقرة، الآية: 282.

وفي الموضعين الآخرين لما لم يقل رجلان، لم يقل فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان (فإن قيل) اللفظ مذكر فلا يتناول الإناث، قيل قد استقر في عرف الشارع أن الأحكام المذكورة بصيغة المذكر إذا أطلقت ولم تقترن بالمؤنث فإنها تتناول الرجال والنساء لأنه يغلب المذكر عند الاجتماع كقوله:

﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾[1].

وقوله:

﴿وَلَا يَأْبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُوا۟﴾[2].

وقوله:

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ كُتِبَ عَلَيْكُمُ ٱلصِّيَامُ﴾[3]، وأمثال ذلك.

وعلى هذا فقوله:

﴿وَاشهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مُنْكُمْ﴾.

يتناول الصنفين لكن استقرت الشريعة على أن شهادة المرأة نصف شهادة الرجل فالمرأتان في الشهادة كالرجل الواحد[4].

وعلى هذا يتبين لنا أن القرآن قرر للمرأة أهلية تامة وحقاً كاملاً غير مقيد بأي قيد عدا ما حرمه الله ورسوله فهي إذن ذات أهلية كاملة في جميع التصرفات المدنية والاقتصادية والشخصية والأخلاقية والسلوكية، فلها الحق في حيازة الأموال وتملك العقار، والتعاقد والتكسب، والمصالحة، وحق التقاضي والتصرف بيعاً وعتقاً وهبة ووصية وحق تزويجها نفسها، وعدم حق وليها بتزويجها ممن لا تريد، وحقها في العودة إلى زوجها الذي طلقت منه

---

(1) سورة النساء، الآية: 11.
(2) سورة البقرة، الآية: 282.
(3) سورة البقرة، الآية: 183.
(4) ابن قيم الجوزية أعلام الموقعين ج/1 ص 77 ـ 78.

دون أن يكون لوليها عليها حق منعها، كما لها حق التصرف في مالها ومهرها برضاها، ولها أن تقرر الوصية والدين والاكتساب وقبض الإرث أو التملك على أنواعه.

وإذا كانت الشهادة في الدين لامرأتين تعادل شهادة رجل فليس في هذا ما ينقص من أهليتها أو ما يمس مركزها أو ينقص من كرامتها أو ينقص من مكانتها إنما راعت الشريعة في هذه الناحية طبيعة المرأة أو إنشغالها ببيتها وأمومتها إذ هذا قد يؤثر في احتمال النسيان أو التوهم.

الفصل السادس

الجنون وأثره على الحقوق

الأصل في الإنسان العاقل أن يكون كامل الأهلية، بمعنى أنه سليم الوعي صحيح الإدراك، ويعتبر في هذه عاقلاً ما دام قد توفرت فيه هذه الصفات.

أما إذا اعتل وعيه أو إدراكه فهو فاقد الشعور أو مختله لجنون أو عاهة في العقل، في ضوء ذلك نستطيع أن نقول إن المرء متمتع بقواه العقلية أو فاقد لها.

وعلى هذا نستطيع أن نقول إن الجنون ظاهرة من ظواهر الاعتلال العقلي، تعتري عقل الإنسان فتفقده الوعي والإدراك، ولئن كان الوعي لا يبدأ في الإنسان كاملاً فإنما يمر بمراحل متطورة يكمل فيها، أو يبقى ناقصاً، وتبعاً لذلك يقال عن الإنسان إنه مجنون أو عاقل، فإذا أصيب الإنسان البالغ بفقد عقله فمعنى ذلك أنه قد أصيب بظاهرة مرضية منعته عن التكيف بالمؤثرات المحيطة أو القائمة فيه، من فيزيائية أو كيميائية، أو نفسية أو اجتماعية، وعلى ضوء قدرة الإنسان على هذا التكيف بالمؤثرات المذكورة، يحكم عليه فإذا خرج في تصرفه بشكل ظاهر وغير مألوف عن السلوك الواجب الانسجام فيه مع محيطه الخارجي فهو غير عاقل أي مجنون وإن قدر على ذلك فهو عاقل[1].

وعلى هذا نجد أن بعضهم عرف الجنون بقوله:

«الجنون هو حالة الشخص الذي يكون عاجزاً عن تصريف نفسه على

(1) عبد السلام التونجي - موانع المسؤولية الجنائية ص 108.

صورة صحيحة بسبب وقوف نمو قواه العاقلة أو انحرافها أو انحطاطها بشرط أن تكون هذه الحالات من نوع الحالات المرضية المعينة»[1].

ولعل الضابط لمعيار الجنون ومفهومه هو الوعي والإرادة فإذا فقدهما الإنسان كان مجنوناً.

ويعرف ابن مالك الجنون بأنه:

«آفة تحل بالدماغ تبعث على الإقدام على ما يضاد مقتضى الحال من غير ضعف في أعضائه»[2].

على أننا نعتمد للجنون التعريف التالي:

«إنه زوال العقل واختلاله نتيجة آفة عقلية تصيب الإنسان فتختل معها القوى المدركة للعواقب المميزة بين الأمور الحسنة والقبيحة وتنعدم معها آثار العقل وتتعطل أفعاله...»[3].

هذا وقد توسع الأطباء في مفهوم دائرة الجنون وأدخلوا في شمولها اضطرابات الفكر والاضطرابات العاطفية والاضطرابات في الأرادة هذا التوسع في مفهوم الجنون سواء كان مرده إلى النقص العقلي، أو العته المبكر أو العته العضوي، أو عته الشيخوخة أو إلى لوثة المرح والهوس والملانخوليا، أو الجنون الاضطهادي (البارانويا) أو إلى جنون الاختلاط العقلي أو جنون إدمان المخدرات، أو جنون حالات الصرع والحالات العصبية والنحول السيكوباتي.

على أن هذا التوسع لا يقره العقلاء إنما جنحوا إلى تضييق دلالة الجنون[4].

وفي جميع الأحوال كل ما يؤدي إلى فقدان الوعي والإرادة تبعاً للمعيار الضابط للجنون يعتبر معه الإنسان معدوم الأهلية، ومع ذلك قد نجد

(1) الدكتور غرانيه ـ مجلة المباحث التشريعية 1904 وغارو ج/1 ص 623 فقرة 219.

(2) ابن مالك شرح المنار ص 947.

(3) منلا خسرو في المرآة على المرقاة ص 326 بتصرف.

(4) للتوسع يراجع مؤلفنا موانع المسئولية الجنائية، بحث الجنون.

أن بعض المجانين لا يلزمهم الجنون على وجه الاستمرار إنما تعتريهم حالات نفسية حادة، تدخل في شمول فقدان الوعي والإرادة، مثل هذه الحالات تكون عرضية ومع ذلك فيعتبر المرء في هذه الفترة معدوم الأهلية أيضاً.

ولا يسأل عما يفعل بمعنى تكون هذه الحالة مانعة من مساءلته، وإلى هذا أشار العلامة بلولير فقال:

«إن هناك من مرضى النفوس ليسوا بمجانين ولكن تنتابهم حالات نفسية حادة يفقدون معها كل قدرة على ضبط النفس والتفكير والتأمل، فأمثال هؤلاء لا يسألون عما يقولون أو يفعلون»[1].

والواقع أنه مهما يكن من أمر الجنون في مفهومه الضيق أو الواسع سواء في الدلالة الطبية، كالأمراض العضوية أو المادية التي تصيب المخ من جرح أو شلل أو غير ذلك، وفي الدلالة في كل ما من شأنه التأثير على الوعي، وسواء أكان الجنون أصلياً أم عرضياً مستغرقاً أم متقطعاً أم دورياً، فإن مقياس هذه الأمراض جميعاً ومعيارها أن ينحرف العقل عن النمو الطبيعي المألوف، بحيث يشذ ويختل توجيهه وتكييفه مع الظواهر الخارجية والسلوكية للإنسان، فيحصل الانفصام بينه وبين باقي أعضاء الجسم فيطيش الصواب، ويضطرب التصرف نتيجة تأثر الوعي والإرادة بفساد العقل، فالجنون إذن بعمومه أصلياً أو متقطعاً يشترط توفر شرطين لانعدام الأهلية وعدم المساءلة وهما: فقدان الوعي والإرادة وهما شرطان لازمان وكافيان لتحقق الجنون[2].

ذلك لأنه من المحال اجتماع الوعي مع الجنون، فعندما تحكم على المرء بأنه مجنون معنى ذلك أنه فاقد الوعي والإرادة فإذا كان الأمر كذلك فيقتضي إذن أن نبين أقسام الجنون ثم نذكر آثر كل قسم على الأهلية وعلى الالتزامات المالية أو العقائدية أو العبادات أو التصرفات وما هو موقف الشارع من الجنون في هذه الأمور؟

---

(1) سدني سميث وعبد الحميد عامر كتاب الطب الشرعي ص 461.

(2) عبد السلام التونجي المرجع السابق ص 123.

أقسام الجنون:

الجنون عند علماء الأصول قسمان: أصلي وعارض.

ـ الجنون الأصلي:

هذا النوع من الجنون يقترن مع الشخص منذ ولادته، بمعنى أنه أصل في خلقته، وهذا الجنون يكون كلياً ومستمراً ولا يرجى زواله، ويسميه الفقهاء بالجنون المطبق أو الجنون المغلوب، ويرى بعضهم أن الجنون المغلوب هو كالجنون المستمر سواء كان كلياً بحيث لا يعقل المرء به شيئاً أو كان جزئياً بحيث يعقل الشخص بعض الأشياء دون بعضها الآخر.

فالجنون الأصلي تتحقق معرفته عادة بمجرد بلوغ الشخص المجنون بحصول نقصان الدماغ على ما خلق عليه واستمراره مع ضعف العقل، وبهذا يعتبر الجنون أصلياً.

ـ الجنون العارض:

هذا الجنون متقطع يظهر تارة ويغيب فترة أخرى بمعنى أنه جنون غير مستمر، فعندما يصيب الشخص يفقده عقله تماماً، وإذا ارتفع عنه عاد إليه عقله، فالمعيار الفارق بين الجنون العارض، والأصلي هو استمرارية الجنون أو عدمه.

وعلى هذا نجد أن الجنون العارض إنما هو جنون طارىء بمعنى أن الشخص يبلغ عاقلاً ثم يجّن، إذ الأصل سلامة الإنسان من الآفات، وكل ما هو على خلاف الأصل فهو طارىء، والواقع أن الجنون لا يمكن معرفته عند الولادة، إذ لا يمكن معرفة ظهوره إلا بعد أن يقطع الشخص مرحلة في الحياة يستطاع معها وزن تصرفاته، وبهذا يمكن معها الحكم على الشخص بتحقق العقل عنده أو عدمه، وبالطبع فإن هذا لا يظهر إلا بعد سن التمييز أو البلوغ، لهذا نجد أن الشارع ربط التكاليف بسن البلوغ أما في سن التمييز فإن تعويد الصبي على القيام بالتكاليف إنما هو من باب التعويد من قبل وليه.

هذا وقد ربط بعض الفقهاء الجنون المطبق بمعيار زمني، فقالوا إن الجنون يعتبر مطبقاً إذا استمرا شهراً كاملاً، وبعضهم قال إن الجنون المطبق هو ما استمر أكثر من سنة، أما دون ذلك فهو ليس بمطبق، أي هو متقطع.

ولا شك أن حكم الجنون المتقطع يختلف عن حكم الجنون المطبق، إذ الجنون المطبق تبطل به تصرفات الشخص، كما تخف تبعة مسؤوليته في الفترة التي يبدو فيها مفيقاً، لأن مثل هذه الإفاقة ليست كاملة، لهذا يبقى المجنون لا تلزمه التكاليف، وتبقى مسؤوليته ممنوعة إلى أن يشفى تماماً.

أما الجنون المتقطع فهو الجنون غير المطبق وهذا الجنون تبطل به التصرفات والأفعال التي تتم أثناء فترة هذا الجنون، ويعتبر المجنون في هذه الحالة غير أهل لتحمل المسؤولية عن أفعاله.

أما التصرفات التي تصدر منه أثناء فترة إفاقته فتكون صحيحة وتكون مسؤوليته كذلك عن أفعاله كاملة، كما تلزمه التكاليف، وإلى هذا أشار الإمام مالك في مدونته فقال: «وإن كان المجنون يفيق ويجن، فما أصابه في حالة إفاقته فهو والصحيح سواء»[1].

وعلى هذا يبقى المجنون محجوراً عليه، ولا يرتفع عنه هذا الحجر إلاّ بإفاقته وسلامته من العلة.

ولهذا تعتبر تصرفات المجنون المحجور عليه حتى ولو أفاق تعتبر باطلة ما دام لم يصدر حكم برفع الحجر عنه، هذا بالنسبة للتصرفات المدنية، أما بالنسة للأفعال الجنائية فيعتبر المجنون مسؤولاً عن أفعاله التي صدرت منه أثناء فترة إفاقته، ذلك أن الجنون لا يبيح الفعل المحّرم، إنما يرفع العقوبة عن الفاعل، وبالتالي فإن الحقوق المدنية لا يعفى منها، لأن القاعدة أن الأموال والدماء معصومة وبهذا فالمجنون ضامن لأفعاله، وهو مسؤول عنها، وهذا ما هو متفق عليه عند الفقهاء ذلك لأن الأعذار الشرعية لا تبيح عصمة المحل، وإن كان الجاني معذوراً، بيد أن الأعذار لئن كانت

(1) الطهطاوي ـ حاشية على الدر المختار ج/4 ص 94.

تمنع العقوبة فهي لا تمنع من دفع التعويض عن حقوق الغير، لأن الأعذار أصلاً لا تؤثر على حق الغير، وبالتالي فالمسؤولية المدنية محققة، بمعنى أنه يسأل في ماله عن أفعاله الضارة، على أن هذه المسألة اختلف فيها بالنسبة للتعويض عن اقتراف المجنون لفعل القتل بين أن يكون التعويض في ماله، أو تتحمله عاقلته أو معه، وذلك تبعاً لتكييف جريمة القتل، بين أن يكون فعلاً خطأ، أو فعلاً عمداً، فمالك وأبو حنيفة وأحمد يرون أن عمد المجنون خطأ لأنه لا يمكن أن يقصد الفعل قصداً صحيحاً، فإذا لم يكن فعله مقصوداً فهو ليس بعمد وإنما خطأ[1].

أما الشافعي فيرى أن عمد المجنون عمد لا خطأ، وبالتالي فإن الجنون يعفي المجنون من العقوبة فقط، ولا يؤثر على تكييف الفعل، لأنه يأتيه مريداً، وإن كان لا يدركه إدراكاً صحيحاً[2].

وعلى هذا الأساس فالاختلاف في التكييف له أثره على التعويض، فمن قال بالعمد يلزم بالتعويض لأن الدية في جرائم العمد مغلظة، وهي تخرج من ماله، أما في جرائم الخطأ فتعتبر الدية مخففة وتتحملها العاقلة مع الجاني أو عنه، في ضوء ما ذكرناه إذن يقتضي أن نبحث أثر الجنون في الأهلية.

أثر الجنون في الأهلية:

الجنون سواء كان أصلياً أو عارضاً فهو ما زال قائماً ومحققاً فله أثره على أهلية الشخص، ولكن أي أهلية يؤثر فيها؟

لا شك أن تأثيره منحصر في أهلية الأداء، وبالتالي فلا يؤخذ بأقوال المجنون أو إقراره، ولا يترتب عليه أي أثر قانوني.

كما تبطل جميع تصرفاته، شأنه في ذلك شأن الصبي غير المميز، أما

(1) محمد الخطاب ـ مواهب الجليل على مختصر خليل ج/2 ص 242، الكاساني بدائع الصنائع ج/7 ص 236 ابن قدامة المغني ج.

(2) الشافعي ـ الأم ج/6 ص 34.

بالنسبة لأهلية الوجوب، فالجنون لا يؤثر فيها، لأن أهلية الوجوب أصلاً تثبت لكل مولود من البشر، كما أن الجنون لا ينافي الذمة.

فإذا ألحق المجنون ضرراً بالغير خرج التعويض من ماله هذا في الجرائم العمدية، أما في جرائم الخطأ فتتحمل التعويض العاقلة مع الجاني على ما سبق ذكره.

كذلك نجد أن الجنون لا ينافي حكم الواجب أي استحقاق المجنون الثواب في الآخرة، فلو عزم شخص على النية وأدى العبادة صحيحة وهو عاقل كأن صام مثلاً ثم جنّ كان مستحقاً للثواب.

ومرد ذلك أن الجنون كما قلنا لا ينافي استحقاق الثواب كما أنه أيضاً لا ينافي الإسلام.

هذا وبما أنه قد تقرر أن المجنون لا تسقط أهلية الوجوب عنه وتبقى ذمته قائمة لذلك يتعين علينا أن نبحث في ذمته المالية.

ـ الذمة المالية للمجنون وتعلق حقوق العباد بها:

بما أن للمجنون ذمة مالية، فهو إذن أهل للتملك بالوصية، كمن إذا أوصى له بمال، أو وهب له، فإذا قبل وليه المال ذلك تملك الموصى به. كما تملك المال الموهوب له، وعلى هذا يتملك المجنون الأموال المنقولة والعقارية بشرائها له من قبل الولي، كما يتملك المجنون الأموال المباحة بالاستيلاء عليها، باعتبار أن الاستيلاء أصلاً سبب للتملك دون حاجة إلى قصد أو نية، كما يتملك المجنون المال أيضاً عن طريق الإرث، لأن الوارث خلف عام للمورث في الملكية والتصرف.

هذا وبما أن الجنون لا ينافي أهلية الوجوب لذلك قالوا إنه تثبت في ذمته الالتزامات الناشئة عن التصرفات التي يباشرها عنه وليه ولا تسقط عنه ضمانات المتلفات والدية ونفقة الأقارب، كما تجب له النفقة على من تلزمه[1].

(1) كشف الأسرار المرجع السابق ص 1389.

ويقول ابن قدامة في خصوص ضمانات ما اتلفه المجنون لحقوق الغير ما يلي:

· «يجب الضمان على المجنون فيما أتلفه من مال الغير بغير إذنه، أو غصبه فتلف في يده، وينتفي الضمان عنه فيما حصل في يده باختيار صاحبه وتسليطه كالثمن والمبيع والقرض والاستدانة، وأما الوديعة والعارية، فلا ضمان عليه فيما تلف بتفريطه، وإن أتلفه ففي الضمان وجهان»[1].

فالمجنون إذن يؤاخذ بضمان أفعاله في الأموال على وجه الكمال فإذا أتلف مال إنسان فمعنى ذلك اعتدى على حق الغير، فوجب عليه الضمان احتراماً لحقوق العباد، شأنه في ذلك شأن العاقل تماماً، لأن المال هو المقصود في الحماية لحقوق العباد، وهذه الحماية تتحقق بأداء النائب عن المجنون، هذا بالنسبة للأموال، أما بالنسبة للأفعال في الأنفس فالأمر على خلاف ذلك.

فإذا جنى المجنون جناية موجبة للقصاص لا يجب عليه ضمان الفعل على الكمال إنما تجب الدية، لأن الجنون لا يجعل الجاني أهلاً للعقوبة، لكنه لا ينفي أهليته لتملك الأموال والتصرف فيها ما دامت أهليته قائمة متوفرة فيه، فهو إذن يتحمل مسؤوليته المدنية.

وإلى هذا أشار صاحب المرآة في شرح المرقاة فقال:

ويؤاخذ المجنون بضمان الأفعال في الأموال، كما إذا أتلف مالاً لإنسان لتحقق الفعل حساً، ولعصمة المحل شرعاً، مع أن المقصود هو المال وآداؤه يحتمل النيابة.

ولا يؤاخذ بضمان الأقوال فإنها لا يعتد بها شرعاً، لانتفاء تعقل المعاني، فلا يصح إقراره وعقده وإن أجازه الولي»[2].

(1) ابن قدامة ـ المغني ج/ 3 ص 471.

(2) الأزميري ـ مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول ص 348.

- رأي الفقه الإسلامي بالنسبة لعقوبة المجنون

بعد أن علمنا أن المجنون يتمتع بأهلية الوجوب، وأنه مسؤول عن الضمانات في نطاق الالتزامات التي يباشرها عنه وليه، فما هو الرأي الفقهي حول أفعاله التي يقترفها؟

الأصل أن الأفعال التي يقترفها الشخص والتي تشكل جرائم يسأل عنها وتتحقق العقوبة عنها ما دام الشخص عاقلاً، لأن العقل شرط للاقتصاص. وبما أن المجنون فاقد لهذا الشرط وبالتالي فلا تقام عليه الحدود باعتبارها من حقوق الله، والمجنون غير مكلف لفقدانه لأهلية الخطاب، لأن صحة التكليف مبنية على العقل الذي هو آلة القدرة[1].

وعلى هذا فإذا زنى المجنون أو قذف، أو شرب، فلا يقام عليه الحد، بل لا يعاقب بأي عقوبة، ففي السرقة إذا كان المال المسروق موجوداً قائماً استرد وإن كان غير قائم ضمن قيمته في ماله.

أما بالنسبة للجنايات التي توجب القصاص أو الديات مهما كان مقدارها فلا تقتص منه أيضاً لفقدان العقل عنده ولكن ماهية هذه الجريمة يتغير حكمها من جريمة مقصودة إلى حكم جريمة الخطأ، وبالتالي تجب الدية إذا الجرائم في حقوق العباد لا يمكن أن تذهب هدراً بل تتحقق فيها العقوبة المالية إذ هذه الحقوق لا يمكن أن تسقط على خلاف حقوق الله فهي تقبل السقوط في حال العذر، كالعبادات من صوم وحج أو غيرها.

أما حقوق العباد فلا يمكن أن تسقطها الأعذار، وإذا كان المجنون لا يمكن أن يؤاخذ في أفعاله فإنه كذلك لا يمكن أن تهدر حقوق العباد، وبالتالي فالحكم الشرعي جاء توفيقاً للمصلحتين معاً عندما أقر العقوبة المالية دون العقوبة الأخرى.

ومرد ذلك أن المجنون ما دامت الحقوق المالية تثبت له فهو من المنطق أيضاً أن يتحمل المغارم المالية، ومن هذا المنطلق فرضت في ماله

(1) - علاء الدين عبد العزيز - كشف الأسرار على أصول البزدوي ج/4 ص 1389.

العقوبات المالية لأن ذمته ما دامت تتحمل الواجبات فمن مقتضى ذلك أن تكون أهلاً لتحمل الحقوق[1].

نخلص من ذلك إلى أن حقوق الله أصلاً تقبل السقوط في حال تحقق العذر، على خلاف حقوق العباد، فهي لا تقبل السقوط، وعلى هذا فالجرائم التي يقترفها لا يقتص منه بها، ولكن تجب الدّية على العاقلة، كما في القتل الخطأ على ما بيناه سابقاً.

أما عقوبات التعزير فهي كذلك لا تقام من باب أولى لأن المقصود منها التأديب والزجر، وهذا لا يترتب إلا على العقلاء، أما فاقد العقل فلا يؤدب ولا يزجر لانعدام وعيه وإرادته.

هذا ويرى الإمام الشافعي في رواية عنه، أن الجناية التي يحدثها المجنون عمداً، وإن كان القصد قائماً فيها فعلاً، بيد أن هذا القصد غير معتبر لانتفاء الفعل، لهذا فلا يقتص منه، وإن الدية تجب عليه في ماله، لأن الواجبات المالية تثبت في ماله، لهذا فإن ضمان المتلفات المالية تثبت في ماله اتفاقاً.

أما الجمهور فيعتبرون حكم جريمة المجنون المقترفة عمداً حكم الخطأ بيد أنهم مختلفون في وجوب الكفارة المالية عليه، إذا كان المقتول مؤمناً، على خلاف رأي أبي حنيفة الذي اعتبر الكفارة أصلاً عبادة، والمجنون غير مخاطب بالعبادات لانتفاء العقل عنده، وما دام لا يكلف بالصوم، فلا يكلف إذن بالكفارة التي هي بدله، وهو إطعام ستين مسكيناً.

على أن جمهور الفقهاء، أوجبوا الكفارة إذ اعتبروها عبادة مالية، وبالتالي يجب عليه المال الذي يعد فدية للصوم[2] هذا إذا كان الجنون مستمراً.

ولكن السؤال الذي يطرح نفسه ما هو الحكم إذا زال الجنون عن مقترف لجريمة ما، فهل يعاقب في ماله أو في بدنه أم لا؟

---

(1) محمد أبو زهرة الجريمة والعقاب ص 454.

(2) ابن قدامة ـ المغني ج/7 ص 776.

الجواب عن ذلك أنه بالنسبة لجرائم الدم فإنه يعاقب عليها في ماله، ولا يعاقب بالنسبة لجرائم الحدود ففي السرقة مثلاً يضمن الفاعل المال المسروق في هذه الجريمة، لأن المجنون يفقد القصد الصحيح بالنسبة لحقوق العباد، كما يفقد أيضاً التكليف الشرعي بالنسبة للحدود التي هي حقوق الله لأنه غير مخاطب بها على ما ذكرناه سابقاً.

هذا في الجنون العارض الذي يزول عن المجنون بعد اقترافه الجريمة، ولكن ما هو الحكم أيضاً في عكس هذه الصورة، بمعنى إذا اقترف الشخص الجريمة وهو في حالة وعي كامل مدركاً لتصرفاته وأفعاله ثم جّن قبل استيفاء العقوبة أو تحققها؟

يرى الشافعي وأحمد أن الجنون لا يمنع العقاب عن الفاعل العاقل المدرك لأفعاله ما دام قد قصد فعله، وكان هذا القصد صحيحاً ومعتبراً وقت اقتراف الفعل.

بينما نجد في المذهب الحنفي أن الجنون العارض يسقط العقوبة، لأن المجنون غير مخاطب وقت التقاضي، أو وقت التنفيذ، لهذا فلا عقوبة عليه، وإنما الاستحسان يقضي بأن يلتزم المجنون بالدية، أما وجه الاستحسان في ذلك أن الجاني وقت التقاضي أو بعده يجب أن يكون الشخص مكلفاً حتى يمكن معه استيفاء العقوبة قصاصاً في بدنه، وهنا غير محقق، لهذا فإن وجوب دفع الدية إنما كان مراعاة لحقوق العباد، ويتم هذا بالاستيفاء المالي.

أما المالكية فيرون أن أساس التقاضي والتنفيذ يستلزم وجود العقل، فإذا انتفى هذا فينتظر حتى يفيق، فإذا فاق طبقت العقوبة، أما إذا أضحى ميؤوساً من شفائه، سقطت العقوبة عنه، إذا كانت حداً وانقلبت إلى وجوب دفع الدية إذا كانت قصاصاً، وكذا إذا طرأ الجنون بعد الحكم وقبل أن تستوفي العقوبة أي قبل تنفيذ الحكم[1].

---

(1) محمد أبو زهرة ـ الجريمة والعقاب ص 458 ـ 459.

الجنون وأثره على العقيدة:

علمنا فيما تقدم أن الجنون يسقط التكليف باعتبار أن الشارع خاطب المجنون لأنه غير مكلف، شأنه في ذلك شأن الصبي غير المميز الذي يسقط عنه خطاب الشارع إلى زمن معين، وهو سن البلوغ، بمعنى أن السقوط منوط بزمن محدد بالنسبة للصبي وهو البلوغ، بينما المجنون يسقط عنه خطاب الشارع ما دام مستمراً في جنونه، وليس له وقت محدود ينتهي به الجنون، وعلى هذا نستطيع القول بأن إيمان المجنون على وجه الاستقلال لا يصح، لأنه غير قائم لانعدام العقل عنده، والذي يقوم عليه الاعتقاد، بينما نجد أن المجنون صحيح إيمانه بالتبعية لأبويه، لأن الاعتقاد هنا ليس بركن ولا شرط فيه، وكمثال يوضح ذلك المجنون الكتابي، فإذا كان المجنون متزوجاً، وزوجته كتابية أيضاً فإذا أسلمت، عرض الإسلام على ولي المجنون فإذا أسلم وليه صار المجنون مسلماً بالتبعية لوليه، وبالتالي تستمر الحياة الزوجية سليمة، أما إذا لم يسلم الولي، فُرِقّ بين المجنون وزوجته استحساناً إذ لا يسوغ انتظار المجنون حتى يفيق من جنونه لأن في هذا التأخير إضراراً للزوجة، ولا سيما أنه ليس للجنون حد معلوم يزول فيه عن المجنون.

ولا يقاس هذا على الصبي، ويفترق الحكم هنا عن حكم الصبي، إذ علم أن الإسلام بالنسبة للصبي يجب أن يعرض عليه عند البلوغ، أما بالنسبة للمجنون فيعرض الإسلام على وليه.

هذا فارق، والفارق الآخر بين الصبي والمجنون أن العرض يتم في الحال على ولي المجنون بينما بالنسبة للصبي فيجب الانتظار[1].

هذه التبعية بالنسبة للمجنون قائمة حتى في أحوال الردة، فيحكم بردة المجنون تبعاً لأبويه، إذا كانا مسلمين ثم ارتدا ولحقا معه بدار الحرب، أما إذ تركاه في دار الإسلام فإنه يبقى عندئذٍ مسلماً تبعاً لدار الإسلام.

وكذلك الحكم هو هو لا يختلف إذا بلغ الشخص مسلماً ثم جن أو

---

(1) كشف الأسرار ـ المرجع السابق ج/ 4 ص 1396.

أسلم عاقلاً ثم جنّ قبل البلوغ، ففي هذه الحالة يبقى مسلماً، لأنه أهل للإيمان لتحقق الاعتقاد.

أثر الجنون الممتد وغير الممتد على العبادات:

العبادات حقوق لله، وبما أن بعضها منوط بأوقات معينة كالصلاة والصوم والزكاة، لهذا تقتضي معرفة أثر الجنون الممتد على العبادة التي ينقضي وقتها وزمنها، فهل هذا الجنون الممتد مسقط لهذه العبادات المحتمل سقوطها وهي الصلاة والصوم وكالزكاة عند الأحناف؟

الرأي السائد عند علماء الأصول أن الجنون الممتد مسقط للعبادات فهو مسقط للصلاة والصوم، وكذا في الزكاة عند الأحناف سواء كان الجنون أصلياً أم طارئاً بعد البلوغ.

أما الجنون غير الممتد فإن كان طارئاً فلا يسقط هذه العبادات استحساناً وإن كان أصلياً فإنه يسقطها عند الشيخين خلافاً لمحمد[1].

ـ الجنون الممتد بالنسبة للصلاة:

الصلاة حق من حقوق الله فإذا استمر الجنون أكثر من يوم وليلة بالنسبة للصلاة اعتبر في هذه الحالة ممتداً، أما عند الشيخين فيعتبر الجنون ممتداً ولو استمر ساعة واحدة أما عند محمد فيعتبر الجنون ممتداً إذا استمر بوقت صلاة كما لوجنّ بعد أن طلع الفجر وأفاق قبل ظهر اليوم الثاني ففي هذه الحالة يجب على المجنون قضاء الصلوات عند محمد، لأن الصلوات الست في خلال المدة المذكورة لم تصر متخلفة.

كما لم يتكرر جنس الصلاة خلافاً للشيخين لتكرر الوقت بزيادته على اليوم والليلة بحساب الساعات وإن لم يزد بحسب الواجبات بوجوب صلاة سادسة.

---

(1) الأزميري مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول ص 327 وراجع علاء الدين عبد العزيز في كشف الأسرار ج/4 ص 1386 والآراء المختلفة في ذلك.

ـ امتداد الجنون بالنسبة للصيام:

يعتبر الجنون ممتداً إذا استمر طيلة شهر رمضان وعلى هذا لم يشترط فيه التكرار، كما هو الشأن في الصلاة، بإعتبار أن شهر رمضان يمر في السنة مرة واحدة، بمعنى أن هذا الواجب الألزامي إذا استغرق الجنون طيلة هذا الشهر، ثم أفاق المجنون بعد مضيّه لا يجب عليه القضاء بخلاف ما إذا أفاق في نهاية شهر رمضان أو جنّ بعد أن ابتدأ ولو بيوم واحد، ثم أفاق بعد أن انتهى، ففي هذه الحالة لا يسقط حق الله هذا إنما يجب عليه القضاء[1].

ـ أثر امتداد الجنون على الزكاة:

إن المجنون الذي يملك النصاب الذي تجب فيه الزكاة إذا امتد جنونه حولاً كاملاً تسقط عنه الزكاة لأن الزكاة يشملها التكرار وتدخل في هذا الدور في السنة الثانية، وفي رواية أبي يوسف أن الجنون يعتبر ممتداً بمرور أكثر من حول لأن حكم الأكثر يقوم مقام الكل وذلك على وجه التيسير والتخفيف عن المجنون في سقوط الواجب.

أما إذا أفاق المجنون قبل اكتمال الحول، ففي هذه الحالة وجبت عليه الزكاة.

وخلاصة القول إنه في المذهب الحنفي لا تجب الزكاة في مال المجنون والصبي، وهو المذهب السائد وعليه الأحناف.

ـ هل مطلق الجنون يسقط العبادات ويرفع التكليف:

من المبادىء الأساسية المقررة في الأصول القياس، وعلى هذا نستطيع أن نقول إنه بمقتضى القياس فإن الجنون يسقط العبادات كلها سواء كان أصلياً أو عارضاً، إذ لما كان الجنون يزيل العقل، فلا يمكن للمجنون إذن أن يتفهم خطاب التكليف، أو يعلمه ويدركه دون وجود العقل، لهذا كان الجنون منافياً لأهلية الأداء، فمن البديهي إذن تبعاً للقياس أن تسقط العبادات

(1) عز الدين ابن مالك شرح المنار ص 949.

عن المجنون قلت أو كثرت كالصبي مثلاً إذا بلغ، أو الكافر إذا أسلم خلال شهر رمضان فلا يجب عليه القضاء.

وكذا المجنون أيضاً إذا أفاق قبل يوم وليلة فلا يجب عليه قضاء ما فاته من صلاة.

وهذا رأي زفر والشافعي وذلك أخذاً بمبدأ التيسير على العباد وهذا ما يتفق مع مقولة الإسلام دين يسر[1].

أما الأحناف فقد خالفوا القياس استحساناً فالإمام أبو حنيفة والصاحبان ألحقوا الجنون غير الممتد بالنوم والإغماء فرأوا أنه لا يسقط العبادة بل كأنه لم يكن في حق إيجاب القضاء، ومع ذلك اختلفوا فيه:

فرأي أبو يوسف أنه يلحق بالنوم والإغماء، وبالتالي يجب القضاء عند زوال الجنون قبل الامتداد، إذا كان عارضاً بعد البلوغ، على أن الصبي إذا بلغ مجنوناً فحكمه حكم الصبي أصلاً فلا يجب عليه قضاء ما مضى.

أما الإمام محمد فخلص إلى أن الجنون الأصلي والعارض سببان في الحكم، فالجنون غير الممتد ملحق بالعدم لأن الجنون أصلاً متفاوت في خلقه، فمنه مديد يوجب السقوط للواجبات ومنه قصير لا يوجب سقوطها، بخلاف الصبا فإنه أمر أصلي ممتد موجب لسقوط العبادات جميعاً عند الصبي[2].

ـ تصرفات المجنون زواجه وطلاقه:

لما كانت أقوال المجنون لا يعتد بها وبالتالي فإن عبادته لا تنشىء عقداً ولا ترتب التزاماً، وعلى هذا أجاز جمهور الفقهاء لأب المجنون أو وصيه أن يزوج المجنون ذكراً كان أو أنثى إذا كان في ذلك مصلحة له بما يحقق أيواءه وحفظه أو لقضاء الشهوة أو كأن يقرر الخبراء أن في تزويجه ما يزيل علته.

---

(1) كشف الأسرار المرجع السابق ج/4 ص 1384.

(2) كشف الأسرار المرجع السابق ج/4 ص 1386.

أما عند افتقاد الأب أو الوصي فقد جاز للحاكم أن يقوم بذلك إذا اقتضت الضرورة ذلك.

أما الإمام الشافعي فقد حصر التزويج للمجنون أو المجنونة في حالة بلوغهما إذ لا يسوغ التزويج عنده إلا عند الاشتهاء، أو في حالة تحقق الضرورة التي يقررها الخبراء إذا كان في ذلك ما يزيل علة الجنون.

أما الطلاق فكذلك لا يقع من قبل المجنون لأنه فاقد الأهلية عن هذه الناحية عملاً بقول رسول الله ﷺ:

«كل طلاق جائز إلا طلاق الصبي أو المجنون».

على أن وقوع الطلاق يختلف بين أن يكون منجزاً أو معلقاً، فطلاق المجنون ا لمنجز لا يقع كما ذكرنا، أما إذا كان الشخص قد طلق طلاقاً معلقاً ثم جنّ فإن هذا الطلاق المعلق يقع إذا ما تحقق ما علق عليه في خلال فترة الجنون.

كما يقع طلاق المناب فيه كما إذا جعل الرجل طلاق زوجته بيدها بمعنى أنه جعل لامرأته الحق في أن تطلق نفسها متى شاءت، فإذا جنّ الرجل وقامت المرأة بتطليق نفسها في فترة جنون زوجها فيقع طلاقها صحيحاً في هذه الحالة.

أما طلاق الأب لزوجة ابنه المجنون فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جوازه عملاً بحديث رسول الله ﷺ إذ قال:

«إنما الطلاق لمن أخذ بالساق».

وتعليل ذلك أن من يملك البضع يملك الطلاق، ولما كان طلاق الأب لزوجة ابنه فيه إسقاط لحق الابن وهذا لا يملكه الأب فبالتالي لا يسوغ له ذلك، كما هو الشأن في إبراء الدين عنه، هذا كما أن في طلاق الأب لزوجة ابنه قطعاً لطريق الشهوة.

وهذا القطع لا يدخل في شمول ولاية الأب، ومع ذلك فإن بعض الفقهاء أجازوا طلاق الولي معللين ذلك بأنه ما دام هذا الولي يملك تزويج ابنه فيصح إذن أن يطلق عليه إذا لم يكن متهماً كالحاكم يسوغ له أن يفسخ

للإعسار ويزوج الصغير، وقد روي عن عبد الله بن عمرو «أن المعتوه إذا عبث بأهله طلق عليه وليه».

- حجر المجنون ثبوته وزواله:

المراد بالحجر[1] في الشريعة منع الشخص من التصرف في أمواله، ويكون الحجر لسبب نقص في الأهلية أو انعدامها، وقد يكون شرعياً بسبب الصغر كالصغير المميز، كما يكون قضائياً بسبب الجنون والعته أو السفه أو بسبب الدين.

ويتم هذا بصدور قرار عن القاضي يمنع بموجبه المحجور عليه من التصرف في أمواله خشية افسادها، وذلك بأن يعين عليه وصياً يتمتع بسلطة إدارية ليدير أموال المحجور عليه ويحفظها ويستثمرها لأن المجنون لا يهتدي إلى التصرفات النافعة له.

هذا والحجر يهدف إلى منع الشخص من ممارسة حق نفسه حماية له كالمجنون والمعتوه والسفيه والصبي لكونه إما فاقد العقل وإما ناقصة لهذا لم يتركه الشارع وشأنه بل حجر عليه رحمة به ممن يعامله من استغلاله والاحتيال عليه، كما قد يهدف الحجر عليه إلى حماية حقوق الغير، كالحجر على المفلس من إدارة أمواله والحجر على المريض مرض الموت في تبرعه من أمواله بما يزيد عن الثلث وذلك لمصلحة الورثة.

والذي يهمنا هنا هو الحجر لحماية حق الشخص نفسه أي الحجر على المجنون ومن يلحق به كالمعتوه والحجر على السفيه ومن يلحق به وهو ذو الغفلة على ما سيأتي بعد.

علمنا فيما سبق أن الإنسان له أهلية ثابتة حتى بالنسبة للمجنون أي أنه بموجب هذه الأهلية ثبت له الملك والميراث، على أننا نجد أن من أفعال

---

(1) الحجر لغة التضييق، يقال حجره يحجره حجراً مثلثه وحُجراناً بالضم والكسر منعه منعه والحجر بالكسر يفيد العقل لقوله تعالى:
﴿هل في ذلك قسم لذي حجر﴾ سورة الفجر، الآية: 5.
أي يمنع الفعل من التصرف بما تضر عاقبته، البستاني محيط المحيط.

المجنون أفعالاً معتبرة ولا يتوقف صحتها على العقل، لأن الأفعال توجد حسّاً ولا يتصور توقعها قبل وقوعها وبالتالي لا يتصور الحجر عنها شرعاً، لأن الفعل بعد وقوعه لا يمكن رفعه.

أما ما يتوقف صحته على العقل فيقتضي الحجر على من يصاب بالجنون، إذ الجنون يعتبر عارضاً والحجر على المجنون فيه مصلحة نفسه، كما أن الحجر على أقواله صحيح لأن الأقوال معتبرة شرعاً في الأصل.

لهذا يجوز إسقاطها لعارض يفسدها، لهذا كان الحجر مما يبطل عقود المجنون وإقراراته وكل ما يتعلق بعباراته، وعلى هذا نستطيع أن نقول حتى إيمان المجنون وإقراره بالإسلام ولو كان أبواه كافرين غير صحيح، ولا يحكم بإسلامه، لأن الإيمان مرتبط بعقد النية في القلب وأداء مقتضياته وهذا لا يتحقق ممن كان عقله معدوماً وهو ركن أساسي في الإيمان[1].

وهكذا نجد أن الحجر فيما تتوقف صحة التصرف فيه على العقل، إنما يتم نتيجة ما يعرض على أهلية أداء الشخص فينقصها كالعته، أو يزيلها كالجنون والنوم والإغماء فليس لواحد من هؤلاء أهلية أداء أصلاً ولا تترتب على تصرفاته آثارها الشرعية.

هذا والحجر على المجنون يثبت بمقتضى أحكام الشرع ومع ذلك نجد أنه في المذهب المالكي ما يستظهر منه أن الحجر على المجنون يتوقف على قرار من الأب أو الوصي أو الحاكم[2].

أما إذا أفاق وكان الجنون طارئاً أصابه بعد البلوغ ارتفع الحجر عنه بمجرد تحقق الإفاقه، أما في الجنون الأصلي فإذا أفاق منه الشخص قبل البلوغ فلا يرتفع عنه الحجر بمجرد الإفاقه مع البلوغ إنما يتوقف هذا على ثبوت إيناس الرشد.

هذا والحجر ما دام قائماً فلا بد من ولاية على المجنون وتكون هذه الولاية للأب أو وصيه أو القاضي أو من يوليه عند انعدامها، والذي له

(1) كشف الأسرار المرجع السابق ج/4 ص 1390.

(2) علي الصعيدي العدوي ـ حاشية العدوي على شرح الخرشي ج/4 ص 201.

الولاية يملك أن يتصرف في أموال المحجور عليه لحفظها أو استثمارها ويرى ابن قدامة أنه «لا ينظر في مال الصبي والمجنون ما دام في الحجر إلا الأب ووصيه بعده أو الحاكم عند عدمهما»[1].

وخلاصة القول إن الحجر عامة أمر شرعي عارض رتبه الشارع قيداً على المحجور عليه حماية لحق نفسه، بموجبه يمنع من التصرف في أمواله، وهو يأتي على الأقوال لا على الأفعال، لأن الحجر إذ يتناول التصرفات القولية يقف مانعاً من إجازتها فتلغى، أما أفعال المحجور عليه فلا يتأتى فيها الحجر، لأن الفعل بعد وقوعه لا يمكن رفعه.

وعلى هذا فالصبي والمجنون والمعتوه يؤاخذ بأفعاله فإذا أتلف مال غيره أو عضواً من أعضائه ففي هذا اعتداء على حقوق الغير التي ضمنها الشرع وحماها بوجوب أخذ البدل والأرث من ماله[2].

أما أسباب الحجر التي تتناول حقوق الأشخاص المتوجب عليهم الحجر فهي:

الصغر، والجنون، والعته، والغفلة، والسفه، والدّين، فكل شخص بهذا الوصف يحجر عليه وهم ليسوا سواء في المنع من التصرفات بل هم مختلفون بحسب كل صفة، فإذا كان حكم الصغير كحكم المجنون لأن كلاً منهما لا يعقل تصرفاته القولية وبالتالي فكلها باطلة وهذا بالنسبة للجنون المطبق فإنه في الجنون العارض المتقطع بحيث يجن الشخص ويفيق تكون تصرفاته القولية في حال إفاقته حكمها حكم تصرفات العاقل[3].

أما المعتوه، والسفيه، وذو الغفلة، فسنعرض أحكام كل صفة منهم تباعاً فيما يلي.

---

(1) ابن قدامة المقدسي - المغني ج/4 ص 471.

(2) الصبي مؤاخذ بأفعاله فإذا جنى جناية مالية أو نفسية أدى ضمانها من ماله بلا تأخير إلى البلوغ والمعتوه كالصبي (المادة 487: من قانون الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية.

(3) المادة 483 من قانون الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية.

الفصل السابع

العته والسفه والغفلة وأثرها على الحقوق

العته صفة يوصف بها الشخص نتيجة آفة تصيبه توجب خللاً في العقل تجعل تصرفات صاحبها باطلة، باعتبار أن أهليته غير قائمة سواء كان العته شائعاً قبل التعاقد، أو كان المتعاقد الآخر عالماً بحاله، لأن المعتوه يكون متردداً في أقواله وأفعاله وتصرفاته بين العقلاء أو بين من لا عقل لهم، فهو والحالة هذه مختلط الكلام فاسد التدبير.

لهذا نجد أن تصرفاته تارة تكون كتصرف العقلاء وتارة تكون كتصرف المجانين، بمعنى أن أصل العقل موجود عند المعتوه، بخلاف المجنون، فهو معدوم عنده، أي أن المعتوه يشبه بعض كلامه كلام العقلاء وبعضه يشبه كلام المجانين[1].

لهذا نجد أن بعض الفقهاء اتجه إلى اعتبار المعتوه في حكم المجنون، إذا كانت تصرفاته تدل على ذهاب عقله وتمييزه، واعتبره نوعاً من الجنون الساكن، وإلا فإذا كانت تصرفاته تدل على غير ذلك أعطاه حكم الصبي المميز[2].

لهذا نجد أنه قد يطلق المعتوه على المجنون نظراً للشبه القائم بين العته والجنون.

---

(1) ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير على التحرير لكمال ج/2 ص 176.

(2) شمس الدين قاضي زاده نتائج الأفكار «تكملة الفتح» ج/7 ص 310.

على أن بعض العلماء المحدثين وضع معياراً للتفرقة بين المعتوه والمجنون فقال:

«إن العته اختلال في التوازن العقلي غير مصحوب باضطراب الجنون» وينشأ عن ضعف في الوعي والإدراك، وأما الجنون فهو اختلال في العقل ينشأ عنه اضطراب وهيجان[1].

ومع ذلك قسم الفقهاء العته إلى نوعين:

أ ـ عته يبقى على حالة التمييز فالمصاب به يعتبر معتوهاً مميزاً، ويأخذ هذا حكم الصبي المميز.

ب ـ عته لا يبقى على حالة التمييز، فالمصاب به يعتبر معتوهاً غير مميز ويأخذ هذا حكم المجنون.

وفي جميع الأحوال فالعبرة لأحكام المعتوه بصرف النظر عن ماهية وطبيعة هذا المرض أو علاجه، فهو في الحقيقة نوع من الجنون، وقد يستقل عنه في كثير من الأحكام أحياناً أو يتشارك في بعضها مع الجنون، هذا وما دام العبرة بأحكام المعتوه فإنه لا جدوى من تقسيم العته لهذا يحسن بنا أن نعرض أحكام تصرفات المعتوه.

ـ أحكام تصرفات المعتوه:

اعتبر الأصوليون حكم المعتوه كحكم الصبي، انطلاقاً من أن الصبا والعته كلاهما يقوم على نقص الأهلية، لهذا ألحقوا المعتوه بالصبي بالمميز، بمعنى أنه تثبت للمعتوه أهلية أداء ناقصة[2] وهذا ما يميز المعتوه عن المجنون المعدوم الأهلية.

إذ العته لا يمنع صحة القول والفعل، كالصبي تماماً، ذلك أن التصرفات والعقود التي يباشرها الصبي أو المعتوه حكمها واحد.

---

(1) مصطفى الزرقا ـ المدخل للفقه الإسلامي ص 148.

(2) كشف الأسرار ج/4 ص 1940.

وإن كان كل تصرف يختلف حسب نوع هذا التصرف لهذا فقد ميزّ الفقه بين ثلاثة أنواع من التصرفات.

النوع الأول:

ما كان التصرف نافعاً نفعاً محضاً، ففي هذه الحالة نجد أن الصبي أهل لمباشرة حقوقه من هذا النوع، بمعنى أنه يصح عقده، وحكمه كحكم عقد الراشد كقبوله الهبة، أو التبرع له فهنا نجد أن العقد صحيح والهبة مقبولة وصحيحة.

النوع الثاني:

ما كان التصرف ضاراً ضرراً محضاً في حقوقه، ففي هذه الحالة لا يعتبر تصرف الصبي أو المعتوه صحيحاً باعتبار أن المتصرف غير أهل وبالتالي تعتبر تصرفاته فيما يضره باطلة إذا باشرها، فلا يقع مثلاً طلاقه لامرأته ولا عتقه لعبده، كما لا يصح التبرع من ماله، ولا هبته، حتى ولو أذن وليه له في هذا أو أجازه، لأن الولي نفسه لا يملك مثل هذه التصرفات لأنها ضارة بحقوقه ضرراً محضاً، وهذا الحكم ينطبق على الصبي وعلى المعتوه عملاً بقاعدة أن الضار لا يملكه هو ولا وليه.

النوع الثالث:

ما كان التصرف متردداً بين النفع والضرر أي أنه دائر بينهما، بمعنى أنه من المحتمل أن يحقق الصبّي به ربحاً أو تتحقق به خسارة له، هذا الحكم ينطبق على الصبي المميز وعلى المعتوه أيضاً ولكنه يتم بإذن الولي، أما عند الأحناف فيعتبرون مثل هذه التصرفات موقوفة على إجازة وليه أي ولي الصبي أو المعتوه.

ولذلك قالوا: «يتوقف بيعه وشراؤه وإجازته على إذن وليه»[1].

باعتبار أن أهليته ناقصة.

---

(1) ابن أمير حاج - التقرير والتحبير على التحرير للكمال ج/3 ص 176.

وعلى هذا نستطيع القول أنه يصح مثل هذه التصرفات، إذا باشرها الصبي المميز وتقبل الإبطال لمصلحة القاصر بإرادة نائبه الشرعي، الولي أو الوصي، فإذا أجيز العقد من قبل النائب الشرعي بعد وقوعه، أو من الصبي المميز بعد بلوغه سنّ الرشد، يصبح العقد في هذه الحالة صحيحاً ونافذاً ويمتنع إبطاله.

هذا أما بالنسبة لعقد الوكالة عن الغير، فهو وإن كان صحيحاً، إلا أنه لا يلتزم بشيء فيه مضرة بماله، بمعنى أنه لا يرجع عليه، بحقوق العقد إذا كان وكيلاً عن الغير، لأنه في الأصل ليس من أهل العهدة والالتزام والضمان، فلا يطالب بدفع ثمن المبيع مثلاً.

كما لا يطالب بتسليمه، كما لا يرد عليه المطالبة بضمان المبيع لأي عيب من العيوب، ومع ذلك فيتحقق عليه ضمان المتلفات، لأن هذه ليست من باب العهدة المنفية عنه والتي تحتمل العفو في الشرع، ذلك لأن الضمان شرع جبراً لما استهلك من المحل المعصوم.

وبما أن المستهلك للمال بالغ معتوه، فإن هذا لا يتنافى معه عصمة المحل باعتبارها ثابتة لحاجة العبد إليها، ولتعلق بقائه وقوام مصالحه به.

وبما أن العته لا تزول به الحاجة، لهذا يبقى المال معصوماً، وباعتداء المعتوه وجب الضمان عليه هذا إذا لم يكن المعتوه والصبي المميز مسلطين على مال الغير، أما إذا كانا مسلطين عليه كما إذا أعطى شخص للصغير أو المعتوه مبلغاً من النقود على سبيل القرض الشرعي «السلفة» أو أعطاه شيئاً ليحفظه له وهو «الوديعة» أو سلمه شيئاً لينتفع به ويرده إليه وهو «العارية» أو باع له شيئاً وكان كلّ تصرف من هذه التصرفات بلا إذن الولي أو الوصي فأتلف كل منهما الأشياء المذكورة فلا ضمان عليه، لأن إتلافه ما حصل إلا بعد التسليط من المالك والمسلِّط غير أهل للحفظ فيكون التقصير من جهة المالك، فلا ضمان، فلو انتفى التقصير، بأن لم يعامل كلا منهما بشيء مما ذكر إلا بعد التصريح له من ولي أمره ثبت الضمان(1).

---

(1) محمد زيد الأبياني - مختصر شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ص 409، وكذا المادة / 488/ من قانون الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا.

وهكذا نخلص إلى القول: بأن أحكام المعتوه كأحكام الصبي المميز في جميع التصرفات المتقدمة[1].

كل هذا بخلاف حقوق الله التي تجب بطريق الابتلاء[2] وهي تتوقف على تمام وكمال العقل والقدرة، لهذا قال الأصوليون:

«إن الخطاب موضوع عن المعتوه كما يسقط عن الصبي في آخر أحوال الصبا تحقيقاً لنفي الحرج عنه، فلا تجب عليه العبادات وإن صحت منه، ويصح إسلامه، كما أنه لا يفترق عن الصبي في آخر أحوال الصبا في وجوب عرض الإسلام عليهما في الحال حتى لو أسلمت امرأة المعتوه الكافر يجب عرض الإسلام عليه شخصياً في الحال لأن إسلام المعتوه صحيح لوجود أصل العقل.

كإسلام الصبي العاقل، على أن النص خالف في عرض الإسلام عليه شخصياً[3].

هذا وقد أجاز الفقه الإسلامي للصغير المميز تنمية بصيرته المالية، وتهيئة رشده، ومنحه الإذن لأعمال الإدارة والتجارة على حد سواء، ذلك في بدء سن التمييز، أي ابتداء من تمام سن السابعة.

ويمنح هذا الإذن من قبل نائبه الشرعي أو من قبل المحكمة، عند عدم وجوده، وذلك بغية تمرين القاصر، بمعنى أنه يمقتضى هذا الإذن يتصرف الصغير المميز، ويتعاقد مع الغير إلا فيما يضرّ بمصالحه ضرراً محضاً[4].

على أنه في العصر الحاضر يبدو أنه نظراً لكثرة الاحتيال السائد ونظراً لتعقد المعاملات، فقد رفع القانون سن منح الإذن للصبي المميز لأعمال الإدارة فقط إلى سن الخامسة عشرة كما لا يجوز له ممارسة أعمال التجارة

(1) المواد 484 و485 و486 من قانون الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا.

(2) كشف الأسرار ج/4 ص 1394 المرجع السابق.

(3) الأزميري ـ مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول ص 329.

(4) مصطفى الزرقا، المدخل في الفقه الإسلامي ص 152.

أو إيجاره لعقاره لأكثر من سنة وذلك بموافقة القاضي، كما أوجب القانون على القاصر تقديم الحساب سنوياً للقاضي، ولهذا حد من هذا الإذن أو سلبه.

الولاية على المعتوه وحجره:

علمنا فيما سبق أحكام المجنون، وأنه بمقتض حجره يولى عليه من يدير شئونه ويحفظ أمواله ويتصرف بها لتنميتها واستثمارها، وكذلك بالنسبة للولاية على الصبي.

فمن له الولاية عليه، له الحق في أن يتصرف في ماله ولو في حال الإذن له، لأن ولايته لا تنقطع حتى بالإذن، كذلك بالنسبة للمعتوه المأذون له، فهو كالصبي في جميع هذه الأحكام[1].

وعلى هذا وبما أن المعتوه كالصبي فهو محجور عليه، ويولي عليه، والولاية، إنما يقصد بها النظر في شؤون المعتوه، إذ العته فيه نقصان للعقل، وهذا النقصان يقتضي النظر رعاية للمعتوه ورحمة له، إذ نقصان العقل دليل على العجز، ولما كانت الأحكام تدور مع علتها وجوداً وعدماً لهذا فإن العلة في المجنون محققة كذلك في المعتوه، لذا كانت أحكام المعتوه كأحكام المجنون.

وما يقال في الحجر على المجنون يرد القول فيه على المعتوه، لاتحاد الحكم بالنسبة إليهما.

من هذا المنطلق نجد أن بعض القوانين لا تفرق بين المجنون والمعتوه من ناحية أحكامهما، إذ اعتبرتهما من عديمي الأهلية. لأن الجنون والعته وفقد التمييز لصغر السن، كل هذه الصفات تجعل أصحابها غير أهل لمباشرة حقوقهم المدنية، لذلك اعتبرت أحكام الصبي الفاقد التمييز لصغر سنه والمجنون والمعتوه واحدة.

(1) المادة 492 و493 من قانون الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية.

أما بالنسبة لتصرفات المجنون والمعتوه قبل صدور قرار الحجر عليهما أو بعد صدوره فتعتبر باطلة، هذا إذا كان المعتوه غير مميز، وتعتبر قابلة للإبطال إذا صدرت من معتوه مميز، وكانت التصرفات دائرة شأن هذا الحكم كشأن حكم الصبي المميز، وذلك أخذاً بالقواعد العامة في الشريعة الإسلامية.

السفه والغفلة

السفه لغة الجهل، من سفه والسفه عكس الحلم ونقيضه أو الجهل، ومنه قول رسول الله ﷺ:

«إنما الكبر من سفه الحق».

وسفه الرجل علينا يسفُهُ سفاهة وسفاهاً جَهِلَ[1].

قال تعالى:

﴿سَيَقُولُ ٱلسُّفَهَآءُ مِنَ ٱلنَّاسِ مَا وَلَّىٰهُمْ عَن قِبْلَتِهِمُ ٱلَّتِي كَانُواْ عَلَيْهَاۚ . . .﴾[2].

وقال تعالى:

﴿وَمَن يَرْغَبُ عَن مِّلَّةِ إِبْرَٰهِـۧمَ إِلَّا مَن سَفِهَ نَفْسَهُۥۚ . . .﴾[3].

هذا ويطلق السفه على بذاءة اللسان فيوصف المرء بأنه سفيه أي بذيء اللسان، كما أن السفه عبارة عن خفة تعتري الإنسان فتبعثه على العمل والتحرك.

وتسفهت الرياح الثوب إذا استخفته وحركته وأمالته[4].

أما السفه عند الفقهاء، والأصوليين فهو خفة تعتري الإنسان فتحمله على التصرف في غير ما يوجبه العقل.

---

(1) البستاني - محيط المحيط.

(2) سورة البقرة، الآية: 142.

(3) سورة البقرة، الآية: 130.

(4) كشف الأسرار ج/4 ص 1489.

ويقول البزدوي[1]: «هو العمل بخلاف موجب الشرع من وجه، واتباع الهوى، وخلاف دلالة العقل... وهو وإن كان أصله مشروعاً أي العمل إلاّ أن الإسراف حرام».

والمراد بالسفه الذي يهمنا هنا والذي تكلم عنه الفقهاء هو منع السفيه من التصرف في المال، ووجوب الحجر عليه لا لجميع أنواع السفه بل للسرف والتبذير».

والسفه يتناول ارتكاب كل محظور، وهو بالتخصيص ما يخالف الشرع من وجه، لشر عاقبته وإن كان مشروعاً ومحموداً بأصله[2].

هذا والسفه يؤدي بصاحبه إلى سوء العاقبة فيصبح عالة على غيره بعد أن كان من ذوي المال، وقد رتب الفقهاء على السفه حكماً لمصلحة السفيه وهو الحجر عليه، ذلك لأن السفه مقتضاه تبذير المال وتضييعه على خلاف مقتضى الشرع والعقل.

لهذا يمنع السفيه من التصرف في أمواله حتى ولو كان التصرف في سبيل الخير كبناء المساجد والأوقاف... ذلك أن السفيه يتبع الهوى ويترك ما يدل عليه الحجى، فهو إذن يتصرف تصرفاً عبثاً أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضاً صحيحاً.

ومع ذلك لا يصير محجوراً عليه إلا بحكم القاضي ولا ينفك عنه إلا إذا أطلق له القاضي التصرف، لهذا كانت تصرفات السفيه قبل الحجر صحيحة ونافذة أما التي باشرها بعد الحجر فتكون موقوفة على إجازة الحاكم[3].

ـ معيار السفه:

عرفنا فيما سبق مفهوم السفه عند الفقهاء والأصوليين، لكن ما هو

(1) البزدوي وكشف الأسرار ج/ 4 ص 1489.

(2) مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول ص 355.

(3) الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية المادة / 489/ .

الميعار الضابط للتصرف حتى نستطيع أن نقول إن هذا التصرف يدخل في شمول السفه أي حتى يعتبر التصرف من نوع التبذير أو الإسراف؟

اتجه الفقه الحنفي إلى أن السفه يتحقق بمجرد الإسراف، مهما كان الهدف من الانفاق، بمعنى أنه لا ينظر إلى الجهات أو النواحي التي يصرف فيها المال، إذ يتحقق السفه كما قلنا سابقاً ولو كان الإنفاق إسرافاً في وجوه البر والخير، أو في وجوه الشرّ والفساد، لهذا ذم الله المبذرين فقال:

﴿إِنَّ ٱلْمُبَذِّرِينَ كَانُوٓا۟ إِخْوَٰنَ ٱلشَّيَٰطِينِ ۖ وَكَانَ ٱلشَّيْطَٰنُ لِرَبِّهِۦ كَفُورًا﴾[1].

كما منع الله الإسراف وبين أن السرف لا يحبه الله حتى في المباحات فقال تعالى:

﴿يَٰبَنِىٓ ءَادَمَ خُذُوا۟ زِينَتَكُمْ عِندَ كُلِّ مَسْجِدٍ وَكُلُوا۟ وَٱشْرَبُوا۟ وَلَا تُسْرِفُوٓا۟ ۚ إِنَّهُۥ لَا يُحِبُّ ٱلْمُسْرِفِينَ. . .﴾[2].

لهذا نجد أن القرآن وضع معياراً للإنفاق وهو الاعتدال الذي يمنع الإفراط والتفريط الذي يؤدي إلى العوز والحاجة وهذا المعيار ضامن لمعاش الإنسان بكل عزة وكرامة مما يدرأ الحاجة عنه ما دام يتقي بسط يده في الإنفاق قال تعالى:

﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ ٱلْبَسْطِ فَتَقْعُدَ مَلُومًا مَّحْسُورًا﴾[3].

وقال تعالى:

﴿وَٱلَّذِينَ إِذَآ أَنفَقُوا۟ لَمْ يُسْرِفُوا۟ وَلَمْ يَقْتُرُوا۟ وَكَانَ بَيْنَ ذَٰلِكَ قَوَامًا﴾[4].

وهكذا نجد أن هذا الميعار يقف حائلاً دون السرف الذي لا يحبه الله

---

(1) سورة الإسراء، الآية: 27.
(2) سورة الأعراف، الآية: 31.
(3) سورة الإسراء، الآية: 29.
(4) سورة الفرقان، الآية: 67.

باعتبار أن السرف هو صرف زائد عما ينبغي، كما أن هذا المعيار يحول أيضاً دون التبذير الذي هو صرف فيما لا ينبغي أصلاً لانتفاء الضرورة له.

لهذا منع الله التبذير واعتبر المبذرين إخوان الشياطين.

ـ السفه وأثره على الأهلية

من المسلم به أن السفه صفة تفيد الخفة ولا تنحدر عن خلل في العقل وبالتالي فلا توجب أي خلل في أهلية الوجوب ولا في أهلية الأداء نظراً لعدم تأثيرها على سلامة العقل، وبالتالي فالتصرف الذي يصدر عن السفيه قبل حجره أو شهر قرار الحجر يعتبر تصرفاً صحيحاً، وفي حكم صدوره عن الراشد.

ولا يقبل الإبطال إلا إذا كان قد صدر نتيجة استغلال أو تواطؤ وذلك حرصاً على استقرار المعاملات، هذا ونظراً لسلامة العقل عند السفيه وعدم تأثر أهلية السفيه بسفهه، تعتبر مخاطبته وتكليفه سليماً وصحياً، بمعنى أنه يبقى مخاطباً يتحمل الأمانة، ومأموراً بالتكليف، أي أنه أهل لحقوق العباد، وبالتالي فهو أهل للتصرفات كما قلنا...

وما دام الأمر كذلك فالسفه لا ينافي الأهلية ولا يمنع شيئاً من الأحكام، فهو لا يوجب إذن وضع الخطاب عنه بحال من الأحوال، أي أنه مكلف بجميع العبادات، كما أنه مؤاخذ ومساءل بما يرتكبه من أفعال، كما تصح تصرفاته المتعلقة بالأحوال الشخصية.

فيصح زواجه وطلاقه وعتاقه، كما يصح نذره ويمينه، وإقراره على نفسه بكل ما يوجب عقوبته، أي أنه يقام عليه الحد، وتحدد مجازاته، فيقتص منه حتى ولو كانت هذه العقوبات مما تدرأ بالشبهات، إذ لو كان ناقص الأهلية لما طبقت عليه العقوبة إطلاقاً[1].

هذا وبما أن أهلية السفيه كاملة ولا تتأثر بالسفه لهذا فإن مواهبه لا

---

(1) كشف الأسرار ج/4 ص 1491.

تنقض به، وإن كن قد يغلب عليه الطيش وتستخفه الأهواء فيبدد أمواله في غير طريقها وفي غير الأوجه المعقولة.

هذا أما السفيه بعد الحجر فحكمه حكم الصغير المميز بمعنى أنه يجري فيه أحكام ما تقدم في عقود الصغير المميز:

ومع ذلك فإنه يتوقع صلاح السفيه ورجوع إلى رشده بعد الحجر عليه لهذا ساغ اختباره، وتسلم له أمواله لادارتها وذلك بإذن من المحكمة بمعنى تصح منه أعمال الإدارة خلافاً للمغفل إذ يعتبر ناقص الأهلية والمواهب العقلية وتنقصه النباهة واليقظة عن معيار الرجل العادي متوسط المواهب والذكاء والنباهة.

- تحقيق المصلحة في حجر السفيه

من المسلم به أن الحجر فيه مصلحة للسفيه وهي السبب فيه إذ في الحجر حماية لأمواله من التبذير والإسراف، كما فيه صون لمن يعوله لأن هذا هو السبب الذي من أجله شرع الحجر محافظة على أموال السفيه، لهذا منع القرآن تسليم أموال السفيه إليه ما لم يتحقق رشده، ما دام في الحجر ضماناً لحقوقه وحفظاً لأمواله.

قال تعالى:

﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا . . .﴾[1].

في هذه الآية نهي تام وعام لأولياء السفهاء عن إعطاء السفهاء الذين لا يحسنون التصرف في أموالهم، عن إعطاء أموالهم لهم.

وقد أضاف الأموال للأولياء وقال (أموالكم) مع أنها أموال السفهاء للإشارة إلى أن الولي يجب أن يحافظ على المال، إذ لو ضاع لوجبت نفقة السفيه عليه، فكأن مال السفيه ماله.

(1) سورة النساء، الآية: 5.

كل ذلك حفاظاً من أن يبددوها، والدين حريص على حفظها لهم باعتبار أن الأموال قوام الحياة.

هذا كما منع القرآن أولياء اليتامى والسفهاء من تسليم أموالهم إليهم دون تحقق الرشد عندهم فقال تعالى:

﴿..فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ...﴾[1].

وفي هذا خطاب موجّه للأولياء بأن يعطو الأموال لأربابها، شرط عدم تحقق السفه أو سوء التصرف إذ من لا يحسن التصرف في إدارة المال فلا يسوغ تسليمه المال، ويجب بقاء المال في أيدي الأولياء إلى أن يتم تمرين السفيه أو اليتيم على إدارة ماله والمحافظة عليه والذي جعله الله قوام المرء في الحياة[2].

كل هذا في سبيل مصلحة السفيه وأسرته، وفي سبيل مصلحة من يعولهم وينفق عليهم، فالمال إذن لا يسلم إلا لمن بلغ الرشد، والمراد بالرشد هنا الصلاح في إدارة المال فقط.

هذا ولما كانت المصلحة تتحقق في حجر السفيه الذي ينفق أمواله في أوجه الشر والفجور، وفيما لا خير فيه لذلك اقتضى الفقه الشافعي لهذا السفيه حجره جزاءً له وعقوبة على إضاعة أمواله فيما لا جدوى فيه، أما إذا كان الانفاق في أوجه الخير، فلا يرى هذا المذهب حجره لأن الرشد عند الشافعية هو الصلاح في الدين والمال معاً.

أما الانفاق فيما هو خير أو مباح فهو لا ينافي الدين، وبالتالي، فلا يجوز أن تفرض العقوبة على المحسنين الذين ينفقون في سبيل الخير والبر ويؤثرون على أنفسهم كما لا يسوغ أن تفرض العقوبة على ما أباح الشرع فيه الإنفاق، فما كان مباحاً لا عقاب على فعله أو تركه.

على أن الفقه الحنبلي يرى أن «الرشد هو الصلاح في المال فقط وهو

(1) سورة النساء، الآية: 6.

(2) محمود حجازي ـ التفسير الواضح ج/1 ص 152، 153.

قول أكثر أهل العلم أيضاً ومنهم مالك وأبو حنيفة، وقال الحسن والشافعي وابن المنذر:

الرشد صلاحه في دينه وماله لأن الفاسق غير رشيد، ولأن إفساده لدينه يمنع الثقة به في حفظ ماله، كما يمنع قبول قوله، ولا يولى على غيره وإن لم يعرف منه تبذير»[1].

وعلى هذا يرد القول بأن الفاسق غير رشيد في دينه في حين أنه رشيد في ماله، وأهل لحفظه كذلك الكافر لا يحجر عليه في ماله ولا يسوغ منعه من التمكن في ماله وإدارته.

لهذا فإن المعيار الذي يؤخذ به بالنسبة للفاسق هو تبذيره المال وتضييعه من غير فائدة فلو أنفق المال مثلاً في شراء الخمر ففي هذا تضييع للمال وتبذير من غير فائدة فهو في هذه الحالة فاسق غير رشيد، أما الفاسق فيما لا يتعلق فسقه بالمال كأن كان فسقه لكذبه أو لتركه العبادة كتركه الصلاة أو الصوم أو امتناعه عن أداء الزكاة مع حفظه لماله فيعتبر رشيداً في هذه الحالة لتحقق الصلاح في المال فقط وبالتالي فلا يمنع عنه ماله ولا يحجر عليه.

ـ بلوغ الصبي ومدى امتداد الحجر عليه

علمنا سابقاً أن السفيه يحجر عليه حفاظاً على أمواله من التبذير والضياع، وكذلك الصبي إذا بلغ سفيهاً فيحجر عليه، بمعنى «أن السفيه يمنع ماله عنه أول ما يبلغ».

عملاً بقوله تعالى:

﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا﴾[2].

والمراد هنا الأموال التي هي لمن في ولاية القوامين عليها، وهنا وإن أضيفت الأموال إلى القوام بيد أن الحقيقة إنها لمن هم في ولايتهم وهم المتصرفون فيها، والسؤال الذي يثور هو إلى متى يستمر هذا المنع؟

(1) ابن قدامة ج/4 ص 467.

(2) سورة النساء، الآية: 5.

هل إلى أن يثوب السفيه إلى رشده مهما طال الزمن؟

أم أنه محدد بوقت معين؟

الرأي المستقر عند الجمهور والمذاهب الثلاثة عدا المذهب الحنفي أن المنع يستمر ويبقى السفيه ممنوعاً عن استلام أمواله وإدارتها إلى أن يثبت رشده ويحسن تدبيره، وثبوت الرشد هذا لا يتعلق بسن معينة، إذ يستمر المنع إذا لم يؤنس رشده بمعنى أنه لا يعطى اليتيم ماله، وإن بلغ مئة سنة حتى يعلم معه إصلاح ماله، إذ يقول ابن قدامة: ولا يدفع إلى السفيه ماله قبل وجود البلوغ والرشد ولو صار شيخاً وهذا قول أكثر أهل العلم»[1].

على أن الإمام أبو حنيفة يرى أن يسلم ماله بمجرد تحقق رشده وبلوغه خمساً وعشرين سنة، إذ المال عنده يمنع على سبيل التأديب فإذا بلغ السفيه هذا السن فلا يصار إلى تأديبه بعد هذا السنّ لأن الطباع تكون قد تأصلت في نفسه وأضحى غير مجد تأديبه بدليل قوله تعالى:

﴿...وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُواْ ...﴾[2].

أي مخافة أن يكبروا فتضطروا وتلزموا بدفع المال إليهم، فهذه الآية إذن تفيد «دفع المال إليهم عند الكبر دون اعتبار الرشد».

على أن إطلاق القرآن هنا الابتلاء يفيد تبين الرشد وكمال التصرف بصرف النظر عن السن، ذلك أن الرشد يختلف بين زمن وآخر وبنية وأخرى، فاختيار المتعلم مثلاً غير اختيار العامي الجاهل، وهذا الاختيار يرى بعضهم أنه يكون عند بلوغ سن الزواج والاكتمال العقلي، بدليل الآية:

﴿...فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ...﴾[3].

المراد أنه بمجرد أن تتبينوا رشدهم فآتوهم أموالهم.

(1) ابن قدامة المغني ج/4 ص 467.
(2) سورة النساء، الآية: 6.
(3) سورة النساء، الآية: 6.

هذا وقد نهى القرآن عن أخذ الأموال وتبذيرها والإسراع في أكلها من قبل الأولياء، فطلب التعفف عن الاعتداء على حق الغير، وإن كان صغيراً ضعيفاً، وقال بعضهم إن الولي ليس له أن يأكل إلاّ قرضاً أو بأجر المثل[1].

على أن ابن قدامة ينقل عن أبي حنيفة أنه قال:

«لا يدفع ماله إليه قبل خمس وعشرين سنة وإن تصرف نقذ تصرفه فإذا بلغها فك عنه الحجر ودفع إليه ماله»[2].

ـ حكم السفه الطارىء بعد الرشد

قد يحدث السفه بعد أن يضحى الشخص رشيداً وتزول عنه الولاية، فيتولى شؤون نفسه، فهل يسوغ من جديد منعه من التصرف في أمواله وإدارتها؟

في المسألة خلاف: فأبو حنيفة لا يرى منع ماله عنه لأن السفه في هذه الحالة ليس بأثر من آثار الصبا، ولا هو امتداداً له، أما إذا كان امتداداً للصبا، وأن الرشد لم يثبت له مطلقاً، لهذا كان منع المال عنه امتداداً لما كان قبل البلوغ.

هذا بالنسبة لمنع المال أما الحجر على السفيه عند أبي حنيفة فلا يرى وجوبه لمجرد السفه لأن السفه بعد البلوغ لا يراه سبباً للحجر مطلقاً سواء فيما يحتمل الفسخ ويبطل بالهزل، وإن كان يرى منع المال عنه إلى أن يرشد ويبلغ خمساً وعشرين سنة وحجته في ذلك قوله تعالى:

﴿وَلَا تَقْرَبُوا۟ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِى هِىَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ . . .﴾[3].

وبما أن السفيه قد بلغ أشده وصلح حاله، وهو حرّ بالغ عاقل مكلف بتصرفه فيعتبر تصرفه صادراً ممن هو أصل له، ولا سيما أن الخطاب بالأهلية وهي التمييز لهذا لا يمكن أن يكون السفه موجباً نقصاً في هذه الأهلية.

---

(1) محمد حجازي التفسير الواضح ج/2 ص 153.

(2) ابن قدامة ج/4 ص 467.

(3) سورة الأنعام، الآية: 152.

لهذا أخلص إلى أنه لا يحجر عليه ولا تبطل تصرفاته القولية، ولا تهدر عبارته بل تصح في كل شيء، ألا ترى أنها صحيحة بالاتفاق في الطلاق والنكاح والرجعة واليمين، كما أن إقراره على نفسه بما يوجب العقوبة صحيح ومؤاخذ به[1].

أما الجمهور فيرون إعادة الحجر عليه في التصرفات التي يبطلها الهزل، أما التصرفات التي لا تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل وهي الطلاق والعتاق والرجعة واليمين والنكاح فلا يسوغ إعادة الحجر.

ذلك أن الحجر عند من يجيزونه على السفيه لا يكون عاماً في جميع تصرفاته إنما قصروه فقط على التصرفات التي تحتمل الفسخ وهو ما يبطلها الهزل.

هذا والسفيه عند من يجيزون حجره يرون أن السبب هو تحقق العلة وهي السفه، فإذا تحققت هذه حتى بعد البلوغ فتقتضي الحجر، لأنها هي هي موجودة، وهذا مستمد من عموم الآيات الورادة في السفه فهي لم تكن خاصة بالسفهاء الذين أصابهم السفه قبل البلوغ، بل جاءت مطلقة.

ويقول ابن قدامة في هذا الخصوص:

«إذا طرأ السفه بعد رشد فالولاية عليه للحاكم بواسطة ما يقيمه، إذ الحجر وزواله يفتقر إلى حكم الحاكم، فكذلك النظر في ماله، أما إذا كان السفه امتداداً للصبا فالولاية عليه تمتد»[2].

- تحقق حجر السفيه بالحكم:

ذهب الجمهور القائلون بحجر السفيه أن هذا الحجر لا يتم إلا بحكم قضائي، بمعنى أنه إذا تصرف السفيه دون أن يكون هناك حكم بحجره فتصرفه صحيح ونافذ، ذلك أن الأصل هو عدم الحجر، وإن الحجر فيه خروج عن الأصل لأن السبب يدور بين المحافظة على بقاء ملك السفيه وبين

---

(1) المراد هنا بأشده أي يبلغ مبلغ الرجال ويصير ذا حنكة وتجربة تمكنه من إدارة ماله على وجه حسن يكون عادة بين الخامسة عشرة والثامنة عشرة «محمود حجازي التفسير الواضح ج/2 ص 300».

(2) ابن قدامة المغنى ج/4 ص 471.

ضرر الشخص نفسه بحجره وفي هذا إهدار لعبارة الشخص المحجور وأبطال لتصرفاته.

هذا الاستثناء لا يكون إلا بحكم يرجح إحدى الحالتين على الأخرى، لذلك فإن هذا الترجيح لا يكون إلا بقرار من القاضي...

وإلى هذا ذهب ابن قدامة، فقال:

«لا يحجر عليه إلا الحاكم، وبهذا قال أيضاً الشافعي لأن التبذير يختلف ويختلف فيه، ويحتاج إلى اجتهاد، فإذا افتقر السبب إلى الاجتهاد لم يثبت إلا بحكم الحاكم، لأنه حجر مختلف فيه.

أما أبو يوسف فيرى أن حجر السفيه عامة لا يتم إلا بحكم من القاضي، سواء كان السفه حادثاً قبل البلوغ أو كان طارئاً بعد الرشد[1].

فالسفيه عنده إذن لا يعتبر محجوراً عليه ما لم يصدر حكم من القاضي يقضي بذلك، أما إذا لم يصدر حكم، وتصرف السفيه قولاً أو فعلاً، كأن باع شيئاً من تركة أبيه، أو أقرّ بدين ما، أو وهب هبات، أو تصدق بصدقات صحت جميع هذه التصرفات عند أبي يوسف خلافاً للإمام محمد، إذ يرى هذا أن الحجر يثبت بسبب السفه نفسه دون حاجة إلى حكم حاكم، سواء كان السفه أصلياً أو كان عارضاً ذلك أن الدلالة عليه قد قامت، على أن السفه في ثبوت الحجر به نظير الجنون والعته والصغر، والحجر يثبت بها من غير حاجة إلى القضاء[2].

أما عند الحنابلة والشافعية فيرون أن الصبي إذا بلغ سفيهاً استمر الحجر السابق عليه إلى أن يتحقق رشده دون حاجة إلى حكم جديد، وتستمر الولاية السابقة عليه قبل البلوغ لمن كان ولياً عليه، أما إذا سفه بعد رشد احتاج الحجر عليه إلى حكم جديد، ويفرض القاضي ولاية جديدة عليه، ولا تعود إلى الوالي السابق[3].

(1) كشف الأسرار ج/4 ص 1494.

(2) كشف الأسرار المرجع السابق ج/ 4 ص 1494.

(3) منصور بن يونس البهوتي كشاف القناع ج/2 ص 226.

أما المالكية فيرون أن الحجر على السفيه لا يحتاج إلى حكم قضائي إلاّ إذا أصابه السفه بعد رشد بزمن طويل.

أما إذا أصابه بعد رشد بفترة قصيرة فإن الحجر عليه يكون من حق أبيه، أما إذا كان السفه مستمراً وممتداً إلى ما قبل البلوغ فلا ضرورة إلى حكم جديد بالحجر في هذه الحالة[1].

هذا والحجر على السفيه إذا تم فيستحسن أن يشهد عليه ليعلن أمره لأن الإعلان فيه تجنب للناس من معاملته حماية للطرفين، هذا الإعلان كان قديماً يتم عن طريق منادٍ ينادي بذلك ليعرفه الناس.

أما في العصر الحاضر فيقوم مقام هذا الإعلان شهر قرار الحجر وهو ما ذهب إليه القانون، إذ أوجب شهر الحجر عن طريق تسجيل الحكم بالحجر في سجلات المحكمة، ويعتبر قرار الحجر حجة على الناس كافة من تاريخ تسجيله، وذلك حماية لحسن النية من التعامل مع السفيه، أما بالنسبة لسيىء النية في التعامل معه فقرار الحجر يثبت أثره حتى ولو لم يكن مسجلاً. هذا بالنسبة لإيقاع الحجر، أما بالنسبة لرفعه فكذلك لا ينفك الحجر إلا بعد رفعه نهائياً واكتساب الحكم بالرفع الدرجة القطعية.

إذ في هذه الحالة يكون القاضي بحكمه قد أطلق يد المحجور عليه الذي رفع عنه الحجر وأضحى حراً في جميع تصرفاته.

وعلى هذا فلا يعتبر الحكم برفع الحجر بمواجهة الغير إلا بعد أن يضحى الحكم نهائياً ومسجلاً، وبالتالي فالتصرفات الصادرة عن سفيه رفع الحجر عنه ولم يكتسب الحكم بالرفع الدرجة القطعية تعتبر تصرفاته صادرة عن سفيه.

- في زوال السفه:

الرأي الراجح أن الرشد ما دام يحتاج إلى تأمل واجتهاد ومعرفة بمعنى أن زوال السفه وحده لا يكفي، فلا بدَّ من حكم يقضي بالحجر.

(1) أبو الحسن علي بن عبد السلام ـ البهجة في شرح التحفة ج/2 ص 279.

وفي حال تحقق الرشد لا بد من حكم آخر يقضي برفع الحجر، على خلاف رأي الإمام محمد الذي يرى أن السفه يرتفع بمجرد زوال سببه دون حاجة إلى حكم يرفعه.

وفي جميع الأحوال فإن السفه لا بد لتحققه من توفر عنصرين أحدهما مادي وهو الإنفاق بما يجاوز العادة كالاستدانة مثلاً بما يزيد عن موارد المستدين ولا يتناسب معها، أو تبذير الأموال في سبيل الشهوات وهذا بالطبع لا يتفق مع مقتضى العقل والشرع، والعنصر الثاني معنوي وهو توفر نية الإتلاف.

وبهذا علمنا أن الحجر للسفه أو رفعه لتحقق الرشد لا بد من حكم، والسؤال الآن الذي يثار، ما هو أثر تصرفات السفيه من حيث الصحة والبطلان.

- تصرفات السفيه من حيث الصحة والبطلان:

علمنا فينا سبق أن أبا حنيفة لا يقرّ الحجر لعلّة السفه، وعلى هذا تكون تصرفات السفيه صحيحة عنده مهما كانت ما دامت مستوفية لجميع شرائطها وأركانها، فضلاً عن أن السفيه يعتبر من أهل الخطاب وباعتباره كذلك فهو إذن ملزم بأداء حقوق الله، ومن كان كذلك فمن باب أولى أن تكون تصرفاته صحيحة[1].

وهذا على رأي الجمهور كما بيناه سابقاً، إذ هؤلاء يرون حجر السفيه، وإن الحجر يعطي أثره ابتداء من تاريخ صدور حكم به.

وعلى هذا نخلص إلى القول أن تصرفات السفيه التي تقبل الفسخ وتبطل بالهزل كالبيع، والإجارة والرهن، والكفالة، والهبة، حكمها حكم تصرفات الصبي المميز على ما مر معنا بمعنى أنه يصحّ منها ما كان نافعاً نفعاً محضاً كقبول الهبة والصدقة ويبطل منها ما كان ضاراً ضرراً محضاً كالهبة والإبراء من الدين أو إسقاطه أو الوقف على الغير وكذا الوصية.

---

(1) كشف الأسرار ج/4 ص 1493.

أما ما يدور بين النفع والضرر فإنه يتوقف على إجازته ممن له هذا الحق، هذا عند الصاحبين والإمام مالك.

كما يتوقف على الإذن عند الإمام أحمد، أما عند الشافعي فتبطل التصرفات تبعاً لما قالوه في تصرفات الصبي المميز[1].

هذا وتختلف تصرفات السفيه من حيث صحتها أو بطلانها عند الفقهاء تبعاً لماهية كل تصرف بمعنى أن أحكامها مختلفة كزواج السفيه أو خلعه، أو وكالته عن الغير أو وصيته أو وقفه أو إقراراته، ويحسن بنا أن نستعرض هذه التصرفات.

1 ـ في زواج السفيه:

أجاز الأحناف والمالكية للسفيه أن يزوج نفسه، كأن يعقد عقد زواجه مباشرة، إذ يعتبرون أن عبارته يترتب عليها أثرها من حيث التعاقد، أما الحنابلة فقد أجازوا عقد زواج السفيه بنفسه إذا دعت الحاجة إلى ذلك.

أما من ناحية المهر فيرون جميعاً أنه لا يلزمه إلا مهر المثل، بمعنى أنه إذا تضمن عقد الزواج أكثر من مهر المثل صح العقد والتزم بمهر المثل.

على أن الشافعية لا يجيزون عقد زواج السفيه بنفسه لأن هذا التصرف بطبيعته يتضمن التزاماً بمال، لهذا لا يصح هذا العقد إلا بإذن من وليه.

وحكم هذا العقد عندهم كحكم عقد الشراء ومع ذلك يرى بعض من الشافعية جواز تزويج السفيه نفسه في حالة امتناع الولي عن ذلك بعد أن طلب منه[2].

2 ـ في طلاق السفيه:

يعتبر الطلاق من التصرفات التي لا تقبل الفسخ ولا يؤثر فيها الهزل عملاً بالحديث النبوي:

---

(1) ابن قدامة المغني ج/4 ص 470 ـ 471.

(2) إبراهيم الشيرازي ـ المهذب ج/1 ص 42.

«ثلاث جِدهن جِدٌ وهزلهن جِدّ النكاح والطلاق والرجعة»[1].

وعلى هذا نجد أن الفقهاء يكادون يجمعون على وقوع طلاق السفيه، إذ اعتبر جمهور الفقهاء في هذه الثلاث أن مجرد القصد إليها يقوم مقام الرضا، وإن كان بعض المالكية رأوا إلغاء عبارة الهازل ومن في حكمه في جميع العقود على وجه التعميم بما فيها زواجه وطلاقه وعتاقه وبيعه، لأن هذه إنما هي مجرد صدور لفظ عنه من غير وجود نية.

هذا كما يصح خلع السفيه، وهذا أولى من الطلاق لأن الخلع يتضمن مالاً وهو بدل المخالعة لهذا فلا يدفع له إنما يدفع لمن له الولاية عليه، فإذا دفعت الزوجة بدل المخالعة إلى السفيه، فأتلفه، أو تلف في يده فتبقى ذمتها مشغولة ولا تبرأ من بدل المخالعة لأنها هي المسببة في إتلافه.

3 ـ في وكالة السفيه عن الغير:

لما كانت أهلية السفيه كاملة غير منقوصة على ما مرّ معنا سابقاً فإن عبارته إذن تبقى صحيحة ولا يؤثر عليها السفه[2]، ذلك أن الحجر عندما يتم على السفيه، لا يكون بسبب قصور في عبارته أو نقص في أهليته، إنما يتم صيانة وحفظاً لأمواله من الضياع والتبذير، وعلى هذا تعتبر وكالة السفيه عن غيره صحيحة إذ لا ضرر فيها على أمواله، لأن عقد الوكالة على ما هو معروف ينصرف أثره على الموكل لا على الوكيل لأنها مضافة إلى الأصيل لا إلى الوكيل بمعنى أن أحكام العقد وحقوقه ترجع إلى الموكل اتفاقاً.

4 ـ في وصية السفيه ووقفه:

يرى المالكية أن وصية السفيه جائزة ونافذة في حدود الثلث بينما

(1) رواه الترمذي وأبو داود وابن ماجة.

(2) لا يحجر على السفيه البالغ الحر في التصرفات التي لا تحتمل الفسخ ولا يبطلها الهزل فتجوز له هذه التصرفات كالنكاح والطلاق والإنفاق على من تجب نفقتهم وتزول عنه ولاية الأب والجد ويصح إقراره على نفسه بوجوب القصاص في النفس أو فيما دونها وتصح وصاياه في سبيل الخير من ثلث ماله إن كان له وارث. المادة 490 من قانون الأحكام الشرعية.

الصاحبان وكما يرى البعض أنها غير جائزة إلا في أبواب الخير استحساناً وفي غير ذلك فهي غير جائزة وغير نافذة. أما وقف السفيه فقد أجازه الفقهاء استحساناً لا قياساً إذا كان الوقف على نفسه ومن بعده لذريته.

هذا ويلاحظ أن بعض الدول العربية قد ألغت الوقف، لذلك لا يصح الوقف في العصر الحديث عند هذه الدول.

وعلى هذا فلم يعد يرد وقف السفيه ويعتبر غير صحيح، حتى ولو قصر الوقف على جهات البر والخيرات فهو في هذه الحالة يعتبر من التبرعات التي هي ضرر محض للسفيه إذ أنه بعد الحجر لا يعتبر من أهل التبرعات.

5 ـ في إقرارات السفيه على نفسه:

إن إقرارات السفيه على نفسه يختلف في قبولها أو عدمها حسب ماهية الإقرار من حيث تعلقه بنسب أو بجناية توجب الحد، أو بما يوجب القصاص أو غير ذلك على التفصيل التالي:

أ ـ في إقرارات السفيه في النسب:

إذا أقر السفيه بنسب الغير له فإقراره هذا صحيح ويثبت به نسب المقر له إذا كان الإقرار مستوفياً لشروطه ومرد ذلك إلى أن هذا الإقرار ليس إقرار بمال، كما أنه لا تصرف فيه.

وعلى هذا فإن إقراره هذا كإقراره بالطلاق يترتب عليه أحكامه، وآثاره، فإذا ثبت النسب تبعاً لإقراره التزم بأحكامه وما يستوجبه من نفقة عليه، فإذا كان المقر له بالنسب فقيراً مستحقاً للنفقة وجبت النفقة عليه تبعاً لثبوت الحاجة هذا إذا ثبت الأعسار بالبنية لا بإقرار السفيه إذ إقراره لا يقبل منه.

ب ـ في الإقرارات الموجبة للحد أو القصاص:

الأصل أن المرء مؤاخذ بإقراره، أما إذا كان المقرّ سفيهاً فقد سبق أن بيّنا حكم إقراراته تبعاً لماهية ما يقر به.

وفي جميع الأحوال فإن إقرارات السفيه بما يوجب المال عليه غير مقبولة، لأنه محجور، ولا يسوغ العمل بإقرار المحجور فيما هو ممنوع من التصرف فيه كإقراره بدين ما.

أما إقراره بما يوجب إقامة الحد عليه، أو القصاص كالقتل العمد والقذف والزنا والسرقة، وشرب الخمر وما أشبهها، فهذا مقبول منه ويلزمه ويترتب عليه أثره وهو القصاص اتفاقاً، أي يقام عليه الحد[1].

وإلى هذا أشار ابن قدامة فقال:

«قال ابن منذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن إقرار المحجور عليه على نفسه جائز إذا كان إقراره بزنا أو سرقة أو شرب خمر، أو قذف، أو قتل، وإن الحد يقام عليه.

وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي، ولا أحفظ عن غيرهم خلاف ذلك لأنه غير متهم في حق نفسه، بالحجر وإنما تعلق بماله فقبل إقراره على نفسه بما لا يتعلق بالمال»[2].

وعلى هذا فلا يقبل أي إقرار منه يتعلق بالمال كإقراره بدين ما أو إقراره في معرض ما يوجب الدين كإقراره بجناية الخطإ، أو إقراره بإتلاف المال أو غصبه أو سرقته[3].

---

(1) المادة 490 من قانون الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية.

(2) ابن قدامة المغني ج/4 ص 471 ـ 472.

(3) ليست كل سرقة توجب الحدّ إذ لتطبيق حق القطع يشترط توفر شروط محددة، الكاساني بدائع الصنائع ج/7 ص 70.

كما لا يكفي مجرد الأخذ خفية لقيام السرقة، وذلك لأن هذا الفعل يتطلب إلى جانب الحركة المادية التي ينتزع بها الشيء من حرزه وحيازة مالكه، توافر عنصر معنوي لا تقوم الجريمة بدونه وهو انصراف نية الجاني إلى أن يحوز الشيء الذي استولى عليه باعتباره مالكاً، فالاستيلاء على الشيء، يمثل الاستيلاء على العنصر المادي للحيازة الكاملة، بينما تمثل نية التملك على العنصر المعنوي هذه الحيازة، ويترتب على ذلك أن الأخذ المصحوب بنية التملك هو وحده المعاقب عليه بالقطع، ودون غيره من صور الاستيلاء على مال الغير الأخرى.

أحمد فتحي سرور قانون العقوبات القسم الخاص ص 648.

لأن هذا قد يكون طريقاً ليتصرف بماله تواطؤاً مع الغير، لهذا لا يقبل إقراره بشيء من ذلك، وإلا للزمه الضمان في ماله.

وفي هذا ما ينافي حكم الحجر ومعناه وغايته، لأن الإقرار من هذا النوع إنما إقرار بما قد منع من التصرف فيه.

هذا وإذا كان الأقرار بشيء مما ذكرناه وكان في حال السفه وهو محجور عليه ثم رفع الحجر عنه لزوال السفه فما هو حكم إقراره؟

يبدو أن ظاهر مذهب الإمام أحمد أنه يلتزم بما أقر به، لأن السفيه مكلف، وقد أقر بما لا يلزمه في حال سفه، ولكن يلتزم بما أقر به بعد رفع الحجز عنه.

أما في المذهب الشافعي فإن الإقرار عند أهل المذهب ما دام غير صحيح وهو في حال سفهه فلا يسوغ الأخذ به حتى ولو رفع الحجر عنه، لأنه ما هي الفائدة من حجره، إذا كنا سنؤاخذه على إقراره وهو محجور؟ ومعنى ذلك أننا نؤخر استيفاء الضرر منه إلى ما بعد رفع الحجر، وفي هذا ضرر عليه، فضلاً عن أنه لا يتفق مع أحكام الحجر ومعناه.

هذا ويجب على السفيه أداء حقوق الله من عبادات سواء كانت بدنية كالصلاة أو مالية محضة كالزكاة أو مركبة كالحج لأنها واجبة، هذا فيما يتعلق بحقوق الله، كما أن السفيه مؤاخذ بما أقر به في حقوق الله أيضاً فإذا كان ما أقر به يتفق مع الحقيقة والواقع، وجب عليه أداؤه، أما إذا كان إقراره منافياً للحقيقة والواقع ولم يصادف الحق فهو غير مقبول وبالتالي تعتبر ذمته بريئة عملاً بقاعدة الأصل براءة الذمة.

ـ أثر بطلان تصرف السفيه من حيث الضمان:

علمنا أن بعض تصرفات السفيه فيما هو ضرر محض له باطلة، فإذا باع السفيه أو اشترى وهو محجور عليه ولم يأذن وليه له أو لم يجز بيعه كان البيع باطلاً.

أما إذا كان التصرف يدور بين النفع والضرر فإنه ينقض على ما هو مقرر في المذاهب كما في عقد الصبي.

وفي هذه الحالة يسترجع الحاكم ما باعه السفيه من ماله كما يرد الثمن إن كان باقياً أي يعيد الحالة كما كانت قبل البيع، أما إذا كان الثمن قد أتلفه السفيه أو تلف في يده فلا ضمان فيه على السفيه من ماله، إنما الضمان يكون من صاحبه.

أما إذا كان الشيء في يد السفيه وديعة أو عارية، أو تلف بتفريطه فهو ضامن كما هو الشأن فيما أتلفه نتيجة اغتصاب أو جناية، فلو أن الصبي أو المجنون فعلا ذلك لزمهما الضمان فمن باب أولى أن يتحقق الضمان إذن على السفيه[1].

الغفلة

المراد بالغفلة صفة تعتري الشخص فتجعله لا يهتدي إلى التصرفات الرابحة لسلامة قلبه فيغبن في تصرفاته المالية وتجعله ناقص الأهلية لهذا يحجر عليه كالسفيه صيانة لماله[2].

وعلى هذا فمن يصاب بها يسمى صاحب الغفلة أو المغفّل فهو بهذه الصفة ناقص المواهب العقلية والنباهة واليقظة عن الحدود المتوسطة في الناس فلا يرجى منه تحسن لكي يختبر بالإذن.

ومع ذلك فأحكام تصرفاته كأحكام تصرف السفيه تماماً، كما أن حكمهما في الحجر واحد، ومرد ذلك أن القائلين بالمساواة بينهما في الحجر يعتمدون النص القرآني لقوله تعالى:

﴿. . .فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا . . .﴾[3].

فالضعيف المقصود به عندهم في الآية هو ذو الغفلة.

---

(1) ابن قدامة المغني ج/4 ص 470 ـ 471.

(2) محمد زيد الأبياني مختصر شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية ص 415.

(3) سورة البقرة، الآية: 282.

على أنه إذا كان الاثنان ضعيفين فإن ضعف السفيه ينصب على إرادته إذ هو كامل الإدراك لكنه مندفع ومكابر في صرف المال وإتلافه، بينما الضعف عند ذي الغفلة منصب على إدراكه لذلك يغبن في تصرفاته المالية.

هذا على أننا نلاحظ أن القانون جنح إلى المساواة بين السفيه والمغفل في الحكم فاعتبر السفه والغفلة من العوارض التي تنقص أهلية التعاقد، ولكنه اشترط لذلك أن يقترن كل من السفه والغفلة بحجر قضائي، وأن يعلن هذا عن طريق شهر قرار الحجر. لذلك أنه ما دام المجنون يحتاج إلى قرار حجر قضائي يشهر نقص أهليته حتى تبطل عقوده، فمن باب أولى أن يتم شهر القرار أيضاً بالنسية للسفيه والمغفل.

وعلى هذا اعتبر القانون المدني المأخوذ من القانون المصري أن السفيه والمغفل بعد حجرهما يسري عليهما حكم الصبي المميز من أحكام.

أما التصرف الصادر عنهما قبل شهر الحجر فيعتبر كأنه صادر عن راشدين، فما يصدر إذن من تصرفات عن المغفل والسفيه من عقود بعد حجرهما وشهر قرار الحجر تجري عليها أحكام عقود الصبي المميز على ما تقدم ذكره.

أما ما يصدر من عقود قبل شهر قرار الحجر فتعتبر صحيحة وغير باطلة كما أنها غير قابلة للإبطال، إلا إذا كانت نتيجة استغلال أو تواطؤ، وذلك حرصاً على استقرار التعامل والثقة.

لذلك أجاز القانون للسفيه ولذي الغفلة المحجور التصرف بالوقف وبالوصية متى أذنته المحكمة في ذلك.

وهذا الحكم جاء مطلقاً أي أن جوازه قائم سواء كان الوقف وقف ذرية أو خيرات على خلاف ما هو عليه في المذهب الحنفي إذ قيد الوقف بأن يكون على نفس ذي الغفلة أو السفيه أو على ذريته[1].

(1) مصطفى الزرقا ـ المدخل إلى نظرية الالتزام في الفقه الإسلامي ص 154.

الفصل الثامن

حقوق الشخصية الاعتبارية وأهليتها

من الرجوع إلى الفقه الإسلامي نلاحظ أن الفقهاء لم يعترفوا فقط بالشخصية الطبيعية وما لها من حقوق وما عليها من واجبات، بل إنهم أقروا للشخص الحكمي حقوقاً وأوجبوا عليه واجبات، ذلك أن التكافل الاجتماعي يلزم المسلم أن يلتزم عن المسلمين بما هو في مصلحتهم.

إذ دم المسلم ضامن عن الجماعة ما يلتزم به وهذا أسمى صورة لتكافل المسلمين وتوادهم وتراحمهم.

إذ يملك أدناهم أن يسعى بذمتهم، بمعنى أنه إذا أعطى المسلم عهداً أو أماناً لمحارب طالب الأمان أضحى التأمين هذا سارياً على جماعة المسلمين وملزماً لهم كافة، كأنما صدر هذا العهد عنهم جميعاً.

وهذا مستمد من الحديث النبوي إذ قال رسول الله ﷺ:

«المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم».

هذا الأمان ملزم حتى للسلطان إلاّ إذا لم ير فيه مصلحة المسلمين ففي هذه الحالة يجوز له نقضه بعد إنذار المؤمَّن وتأديب من أعطى الأمان. من هذا نستخلص مبدأ الشخصية الحكمية، إذ الفقهاء اعتبروا الأمة الواحدة كشخص واحد ولها شخصيتها الحكمية.

هذه هي الصورة المستنبطة منها فكرة الشخصية الحكمية ومستندها الشرعي.

هذا وهناك صورة أخرى وهي أن كل مسلم رقيب على الحق العام، وأن كل ما هو من الحقوق العامة يتمتع بشخصية حكمية، ويملك بالتالي كل فرد مسلم أن يحمي هذه الحقوق وأن يمارس بأسمها حق الادعاء، ولعل من هذه المنطلق قامت فمرة الحسبة في الإسلام إذ كل مسلم، له الحق في أن يدعي في سائر أمورها كحق منع الغش فهو مطلوب من كل مسلم، وكذا حقوق الله فهي ذات شخصية اعتبارية باعتبارها من الحقوق التي لها أثرها البعيد على المجتمع ولهذا يملك كل مسلم أيضاً حق الادعاء تجاه من يعتدي عليها مطالباً بإنزال عقوبة الحدود كشرب الخمر مثلاً والزنا والسرقة.

وكذا بالنسبة لمنع استمرار الحياة الزوجية بين زوجين بانت الزوجة بالتفريق أو الطلاق وهنا نلاحظ أن المدعي وإن لم يكن له أي علاقة شخصية في هذه الأمور عامة إنما يملك حق الدفاع عن هذه الحقوق باعتبارها تتعلق بالمصلحة العامة، وهي مصلحة المسلمين التي تتجلى فيها صورة الشخصية الاعتبارية.

هذه الصورة وإن لم تكن تتفق مع الصورة الحديثة للشخصية الاعتبارية التي تتمتع بذمة وأهلية لثبوت الحقوق وترتب الالتزامات عليها، ومع ذلك فإن الصورة الحديثة لمفهوم الشخصية الاعتبارية نراها تظهر في الفقه الإسلامي في بعض المؤسسات كمؤسسة بيت مال المسلمين ومؤسسة الوقف، ومؤسسة الدولة التي يمثلها الحاكم إذ يمثل شعب هذه الدولة.

وكذا مؤسسة المساجد ومؤسسة البيمارستان والمستشفيات.

هذه المؤسسات إذ يترتب لها حقوق أو يتوجب عليها واجبات فإن هذه الحقوق والواجبات من حيث أثرها البعيد نلاحظ أنها تمس الشخصية الإنسانية بل بالأحرى خلقت من أجلها لهذا يمكننا القول أن الشخصية الإنسانية هي منشأ فكرة الحق المدني وعليه تدور الحقوق عامة.

لأن مدار الحياة أصلاً هو الإنسان نفسه، إذ به تبدأ الحقوق ومنه تتفرع وبه تنتهي، باعتبار أن الإنسان إما طالب للحق، أو مطلوب منه التزام، وهو حق للغير.

وعلى هذا لا يمكن تجريد الإنسان من الحقوق، أو تصوره بمنأى عن هذه الحقوق.

فالشخصية إذن سواء كانت طبيعية أو اعتبارية مردها للإنسان ومن أجل الإنسان.

وعلى هذا نستطيع القول بأن النظرة لخدمة الإنسان هي التي أقرت الشخصية الحكمية، إلى جانب الشخصية الطبيعية إذ المصالح العامة الدينية أو الدنيوية من مالية أو أدبية أو اجتماعية، وكل ما يتعلق بها من معابد أو مستشفيات أو جمعيات، أو شركات، هي التي دفعت إلى تطور مفهوم الشخصية وقيام الشخصية الحكمية، فهي إذن ضرورية ويقتضي قيامها، وإن لم تكن مخصصة لشخص معين لأن وجودها واستمرارها كان من أجل الشخص الطبيعي، لهذا يتوجب لضمان استمرارية حياتها الإنفاق عليها.

من هذا المنطلق وجدت فكرة الوقف فأنشئت العقود لسدٌ حاجته ما دامت قد وجدت هذه المؤسسة لمصلحة الجماعة.

ومن هنا إذن قامت فكرة قابلية تملك الشخصية الحكمية أو ثبوت الحقوق لها، وتحقق الواجبات عليها ما دامت وجدت لمصلحة الجماعة فاعتبر لها شخصية مستقلة عن شخصية أفرادها، كما هو الشأن في نوع من الشركات، إذ تكون مسؤوليتها عن معاملاتها المالية وتصرفاتها محصورة في مال الشركة دون أن تتعدى إلى أموال الشركاء، بمعنى أن الشركاء غير مسؤولين عن ديونها.

وبهذا تكون ذمتها المالية خاصة ومستقلة عن ذمم أفراد الشركة، وهكذا وبهذه الصورة تكونت الشركات التجارية والصناعية.

على أن هناك مؤسسات هدفها خدمة المصالح الإنسانية أو الأخلاقية أو الأدبية أو الاجتماعيية أو العلمية، كجمعية الرفق بالحيوان، أو الجمعية التعاونية، أو جمعية الدعوة الإسلامية، فمهمة هذه الجمعيات ليست ذات هدف مالي ومع ذلك فهي ذات شأن هام في الحياة، لهذا فقد أقر الفقه الإسلامي لهذه المؤسسات أو الجمعيات وغيرها الشخصية الحكمية، ورتب عليها أحكاماً خاصة تتعلق بها، إذ اعتبر لها ذمة وأهلية، لثبوت الحقوق

لها مستقلة عن حقوق أفرادها، وما دام الأمر كذلك فيحسن بنا أن نستعرض بعض الصور للشخصية الحكمية في الفقه الإسلامي، كبيت المال والوقف.

ـ في بيت المال:

بيت مال المسلمين مؤسسة مالية مستقلة ذات هدف اجتماعي إذ يمثل مصالح الأمة، وإن أمواله أموال عامة منفصلة عن مال السلطان الخليفة أو ولي الأمة، وهو ذو شخصية حكمية ذات قوام حقوقي مستقل بمعنى أنه يمتلك ما يشاء من الأموال الجائز تملكها شرعاً، كما يمكن التملك منه وعلى هذا قال الفقهاء:

«إنه يستحق إرث ما لا وارث له، كما يستحق التركات الخالية عن وصية أو إرث.

كما تجب فيه نفقة الفقراء العاجزين الذين لا عائل لهم شرعاً، يتوجب عليه النفقة وكذا تجب فيه أجور العمال ورواتب الموظفين من ولاة وقضاة ومفتين ومعلمين.

هذا كما أن المرافق العامة القائمة في خدمة المسلمين من منشآت عامة، وترع ومصاريف، وطرق وقناطر ينفق عليها أيضاً من بيت مال المسلمين.

وكذا اللقطة إذا كانت بحاجة للإنفاق عليها صيانة لها واتقاء لهلاكها، ويعتبر ما أنفق عليها ديناً على صاحب اللقطة وتحصل منه لمصلحة بيت المال.

هذا ولبيت المال أمين يشرف عليه نيابة عن السلطان من خليفة أو غيره، كما أنه ليس للخليفة فيه أي حق شخصي سوى أخذ كفايته لقاء عمله، كما لا يسوغ له الإنفاق منه إلا على من يسوغ الشرع له الإنفاق عليه.

إذ أن حكم أولى الأمر عليه كحكم الوصي على مال اليتيم وإلى هذا أشار الخليفة عمر بن الخطاب إذ قال:

«أنزلت نفسي من بيت المال بمنزلة وصي اليتيم».

وهكذا نجد أن بيت المال يقوم بفكرته المالية على الفكرة التي تقوم عليها فكرة خزينة الدولة العامة في الدول الراقية التي تضمن خزائنها الإنفاق على المحتاجين والمرضى والعاجزين والعاطلين عن العمل الذين لا مورد لهم، وذلك ضماناً لإنسانيتهم وكرامتهم.

هذا ولبيت المال فروع مختلفة ترمي لهدف تنظيمي، إذ ينفق من كل فرع نفقات تتفق مع ماهية هذا الفرع ونوعيته تبعاً لنوع الصرف المخصص له[1]، هذا كما أجاز الفقهاء للإمام أن يستقرض لبيت المال عند الحاجة فيعتبر بيت المال هو المدين بالقرض[2].

ـ في الوقف والمساجد:

قال الفقهاء بجواز الوصية والوقف على الفقراء والمساجد والمستشفيات وعلى كل ما يعود نفعه على العامة، بمعنى أن لهذه المؤسسات شخصية حكمية، وهم وإن لم يصرحوا بهذه التسمية باعتبار أنه مصطلح حديث على أن ما ذهبوا إليه من أحكام في شأن المساجد والوقف والمستشفيات وغيرها تفيد أنهم يقررون لها حقوقاً تجاه الغير فيملك كل من له الولاية أو النظارة عليها المطالبة بحقوقها تجاه الغير، كما أنه قد يترتب عليها التزامات مالية تطلب منها من قبل من له الولاية عليها، من ناظر أو ولي، فالوصية للمساجد مثلاً إذن تقع صحيحة وإن أريد بها تمليكها لأن المساجد في منزلة شخص حر يملك[3].

فهي إذ تملك العين تكون غلة هذه العين الموقوفة، للمساجد، مع أنها ليست إنساناً.

---

(1) انظر ابن عابدين الدرر المختار ورد المحتار ج/ 3 ص 280.

(2) نظام وجماعة من علماء الهند ـ الفتاوي الهندية ج/ 1 ص 191.

(3) شمس الدين محمد شهاب الدين الرملي ـ نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ج/ 3 ص 116 وج/ 6 ص 46.

كما صرح المالكية في الوقف بأن الموقوف عليه «يجب أن يكون أهلاً للتملك حقيقة كالشخص المعين والفقراء، أو أهلاً للتملك حكماً كالقنطرة والمسجد»[1].

فالتصرفات التي يقوم بها الناظر على الوقف من بيع أو إيجار لمصلحة المال الموقوف تبقى سارية المفعول، مثال ذلك إذا عقد ناظر الوقف عقد إجارة أو بيع محصول أراضي الوقف ثم عزل هذا الناظر، فلا يفسخ البيع ولا الإجارة لأن البائع أو المؤجر هو الوقف لا الناظر، وهكذا أضحت جهة الوقف هي البائعة، أو المؤجرة.

وإذا اشترى الناظر على الوقف شيئاً لجهة الوقف بالنسيئة، كان المدين جهة الوقف، فيدفع الناظر ثمنه من غلته، لأن الدين يثبت ذمة الوقف دون ذمة الناظر وعلى هذا فإذا عزل الناظر طولب الناظر الجديد باعتباره ممثلاً للوقف المدين[2].

وهكذا نجد أن الفقهاء يثبتون أهلية الوجوب والذمة للشخص الطبيعي ويصلح بالتالي لاكتسابه الحقوق اللازمة لصفة الإنسان كالزواج والإرث والنفقة على ما مرّ معنا سابقاً.

أما الشخص الحكمي كالوقف مثلاً فلا يتصور فيه هذه الصفة ليقوم بها لوحده، بل لا بد له من ولي أو ناظر يرعى شؤونه أي لا بد من شخص طبيعي ينوب ويعبّر عن إرادة الشخص الحكمي على أنه لا يمكن لهذا الشخص الحكمي أن يكتسب إلا الحقوق التي أنشىء من أجلها، أما ما يخرج عن اختصاصه من حقوق لم توجد من أجله، فلا يصلح لاكتسابها.

وبهذا تجري على الشخص الحكمي العقود التي تبرم بينه وبين الناس، هذه العقود ترتب آثارها الحقوقية من بيع وإيجار واستغلال واستبدال، كما هو الشأن في الوقف مثلاً إذ يقوم عنه من يمثله كالقيم أو الناظر أو المتولي، فيرعي شؤونه ويستغله للجهة المعين لها استحقاق الغلة، فالتصرفات التي

(1) محمود الزرقاني على متن خليل (الوقف).
(2) تنقيح الحامدية ج/1 ص 223.

تعقد من قبل المتولي أو الناظر تسري على الوقف دائناً كان أو مديناً، ولا تسري على الناظر أو المتولي لشخصه على خلاف الضمانات فهي قائمة على المتولي، فإذا أساء الأمانة أو خانها تنزع يده من الوقف ويضمن للوقف ما يوجبه الشرع من ضمانات لقاء خيانته أو تفريطه أو تقصيره[1].

وبهذا نستطيع أن نقول إن الشخصية الحكمية بأنواعها وصورها كافة لا يتحقق وجودها وقوامها إلا بتوافر عنصرين أساسيين وهما:

1 ـ المصلحة المشتركة المشروعة للمجتمع كالشركات والجمعيات والوقف باعتبار أن هذه المصلحة تهدف إلى خدمة المصالح العامة لسد حاجات المجتمع، على خلاف الشخصية الطبيعية فهي تكفل المصالح الفردية.

2 ـ الذمة المالية المتميزة وهي من ضروريات قيام الشخصية الحكمية، إذ لا يسوغ تصور شخصية حكمية دون ذمة مالية لهذا فهي تشبه الشخص الطبيعي من حيث قيام الأهلية والذمة.

كل هذه الأحكام التي ذكرناها للشخصية الحكمية دليل على أن الفقهاء أقروا الشخصية المعنوية إشارة ودلالة وإن لم يصرحوا بها لفظاً.

وهي متفق عليها عند جميع المذاهب بمعنى أنهم يقدرون لهذه الشخصية الحكمية الذمة كتقديرها للإنسان إذ لا شخص بلا ذمة[2].

ولعلّ تصور الفقهاء للشخصية الحكمية وإقرارهم لها مرده إلى إقرار نظام الوقف في الإسلام الذي نشأ منذ القديم في عهد رسول الله ﷺ، إذ يقوم هذا النظام على تصور شخصية حكمية للوقف بالمعنى المعروف حديثاً، فللوقف ملك محجور عن التمليك والتملك والإرث والهبة ونحوها، وهو مرصد لما وقف عليه[3].

---

(1) ابن عابدين الدر المختار ورد المحتار ج/3 ص 384 ـ 386.

(2) علي الخفيف ـ الحق والذمة ص 96 ـ 102.

(3) مصطفى الزرقا المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ص 303.

الباب الرابع

التعسّف في استعمال الحق

الفصل الأول

تقييد استعمال الحق ومداه

علمنا أن الحق مصلحة تقرها الشريعة الإسلامية، فصاحب الحق يملك استعماله والتصرف فيه ضمن حدود رسمتها الشريعة وهي تحقق المصلحة دون أي اعتداء، بمعنى أنه لا يجوز لصاحب الحق أن يتجاوز هذه الحدود المرسومة ما دام في هذا التجاوز إضرار بالناس، وهذه من القواعد الكلية التي ترمي إلى تحقيق التوازن والعدل وإنصاف الناس بغية إقامة الاستقرار وتحقيق التراحم في التعامل بحيث يسود في التعامل عامل المحبة والابتعاد عن الإيذاء، وعدم المغالاة في استعمال الحقوق، تحقيقاً للمصلحة العامة، وذلك أن كل مغالاة في أي حق من الحقوق تهدف إلى الإضرار، فضلاً عما إذا لم يكن لصاحب الحق أي فائدة من استعمال حقه على الوجه المذكور.

لهذا فلا يمكن للشريعة أن تحمي هذا السلوك في استعمال الحق، لذلك فقد أقرت قاعدة حددت فيها مدى استعمال الحق.

فأجازت استعماله ما دام لصاحبه مصلحة في هذا الاستعمال ومن هذا انطلقت بقاعدة: «أن جواز الشرعي ينافي الضمان» بمعنى أنه ما دام الجواز الشرعي قائماً على عمل ما، فإن من استعمل هذا الحق لا يضمن الأضرار الناجمة عن ذلك، كما إذا حفر إنسان بئراً في أرضه، فهذا العمل مشروع وبالتالي يرفع مسؤولية الفاعل عن الضرر الذي لحق بحيوان رجل هلك نتيجة سقوطه في البئر. وهناك أمثلة كثيرة في هذا السبيل في الفقه الحنفي منها أنه: «إذا حفر شخص بئراً في خارج حرم بئر فذهب ماء البئر الأول إلى الثاني فلا شيء عليه»[1].

---

(1) المادة 1288 من قانون الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية.

وكذا «إذا اشتغل أحد بصنعة أو تجارة في سوق، فليس لأرباب هذه الضعة أو التجارة أن يحجروه ويمنعوه من استغلاله بهذه الصنعة أو التجارة قائلين: إنه طرأ على ربحنا وكسبنا خلل»[1].

وتعليل ذلك أن حرية العمل حق لكل إنسان، فإذا ما استعمل أحد هذا الحق فليس لغيره منعه ولا طلب الضمان منه».

هذا هو الأصل في استعمال الحق ولكن ما هو رأي الشريعة فمن يستعمل حقه ويلحق ضرراً بالغير قصداً فهل يبقى صاحب الحق بمنأى عن الضمان؟

اختلفت الآراء في ذلك.

فالحنفية في ظاهر الرواية وأحمد بن حنبل وداود الظاهري قالوا بعدم الضمان إطلاقاً لأن الحقوق مطلقة لا يجوز تقييدها بتقديرات كيفية، وقد تعرض إلى ذلك عند تقديرهم حق الملك والتصرف وحقوق الجوار فقال أبو حنيفة:

«من تصرف في ملكه لا يمنع عنه وإن كان يتضرر جار به»[2].

وقال الشافعي في كتابه «الأم»:

«لا يحمل على رجل ما ليس بواجب عليه، وإن الرجل له أن يفعل في ماله، ما له أن يفعل ولو أضر هذا بغيره بل ولو أضرّ بنفسه أيضاً»[3].

وقال ابن حزم الظاهري:

«لا ضرر أعظم من أن يمنع المرء من التصرف في مال نفسه مراعاة لنفع غيره فهذا هو الضرر حقاً».

(1) المادة 965 من قانون الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية.

(2) المحمصاني. الموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ج/1 ص 36 و39.

(3) فتاوي قاضي خان ـ هامش الفتاوي الهندية ج/2 ص 258.

وجاء في «المحلى» أنه قال:

«لكل أحد أن يعلي بنيانه ما شاء وإن منع جاره الريح والشمس لأنه لم يباشر منعه بغير ما أبيح له، ولكل أحد أن يبني في حقه ما شاء من حمام أو فرن أو رحى أو غير ذلك، إذا لم يأت نص بالمنع في شيء من ذلك».

ويبدو لنا من هذه النصوص أن الأصل استقلال الإنسان بحقوقه، ذلك لأن الحقوق مطلقة، ولا يكون استعمالها أبداً غير مشروع.

ومع ذلك نجد أن الفقهاء أنفسهم أقروا بضرورة منع الشخص عن فعل يضر بغيره لا استناداً إلى سوء استعمال الحق بل إعتماداً على مبدى التجاوز لحق الغير وإلى هذا أشار ابن عابدين فقال:

«لو بنى أحد في بيته تنوراً دائماً أو رحى للطحن، أو لو اتخذ داره حماماً وتأذى جيرانه من الدخان أذى فاحشاً، فإنه يمنع من هذه التصرفات جميعاً».

كما أشار ذلك ابن حزم نفسه فقال:

«لا يجوز لأحد أن يدخّن على جاره، لأنه أذىً وقد حرم الله تعالى أذى المسلم»[1].

ومع ذلك نلاحظ أن الرأي السائد الذي أفتى به مشايخ الإسلام:

«أنهم اعتبروا الشخص مسؤولاً عن استعمال حقه استعمالاً لا يضر بالغير، أي أنهم اعتبروه مسيئاً في استعمال حقه إذا قصد الضرر أو نوى الإساءة وفي هذه الحالة كان متعسفاً باستعمال حقه، ولردّ ذلك، أنه يجب لاعتبار المشروعية في استعمال الحق، ألاّ يكون الاستعمال مضراً للغير.

أي يجب أن يتبع صاحب الحق في استعمال حقه ما يلي:

1 ـ التقيد بالأحكام العامة.

2 ـ التقيد بالأحكام الخاصة للحقوق تبعاً لماهية الحق.

---

(1) ابن حزم المحلى ج/8 رقم 1357.

بمعنى أنه في نطاق القواعد العامة يقتضي تطبيق مبادىء الشريعة الإسلامية، التي تمنع إلحاق الضرر بالغير، تبعاً للحديث الشريف الذي نصّ على وجوب سيادة مبدإ التحابب والتآخي في التعامل فقال مخاطباً المسلمين عامة: «إنه لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه من يحب لنفسه».

وعلى هذا نجد أن معيار استعمال الحق في الشريعة إنما هو معيار سلوكي يراعى فيه صاحب الحق عند استعمال حقه ما يجب أن يراعيه الغير لمصلحته عند استعمال حقه، بمعنى أن تراعى مصلحة غيره تماماً كمصلحته في حب الخير والابتعاد عن الضرر.

هذا كما يوجد مبادىء عديدة عامة في الشريعة الإسلامية ترمي إلى مثل هذه الأهداف كقاعدة:

«درء المفاسد أولى من جلب المنافع»[1].

أو كما قال ابن نجيم في «الأشباه والنظائر»:

«درء المفاسد أولى من جلب المصالح».

وكذلك قاعدة:

«الضرر يزال»، وقاعدة «لا ضرر ولا ضرار»[2].

وقاعدة:

«الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف»[3].

هذه القواعد عامة تقرر مبدأ إزالة الضرر الفاحش الناجم عن استعمال الحق.

وقد نصت المادة 1197/ من مجلة الأحكام العدلية أنه:

«لا يمنع أحد من التصرف بملكه أبداً، إلاّ إذا كان ضرره لغيره فاحشاً».

---

(1) المادة 30 من مجلة الأحكام العدلية.

(2) المواد 19 و20 من مجلة الأحكام العدلية.

(3) المادة 27 من مجلة الأحكام العدلية.

والمراد بالضرر الفاحش هنا:

«كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعني المنفعة الأصلية المقصودة»[1].

على أن المنع في تصرف الشخص في خالص ملكه إذا أضر بالغير إنما هو استحسان، والقياس أن من تصرف في خالص ملكه لا يمنع منه، وإن أضر بغيره، لكن ترك القياس في محل يضر بغيره ضرراً بيناً»[2].

هذا وإلى جانب هذه القواعد هناك من الأحكام الخاصة المنثورة في كتب الفقه ما يفيد هذه الغاية وتحقق الهدف بالمنع من التعسف باستعمال الحق مثال ذلك:

«حال المالك المشترك في سفينة فإذا اقتسم أو تهايأ مع شركائه واختص بقسم منها، وأخذ ينقب فيه على أنه في حوزته وملكه، يكون هذا المستعمل لحقه متعسفاً لأنه بفعله سيضر شركاءه إلى حدّ إهلاكهم وإهلاك نفسه معهم».

وكذا ورد في «المغني»:

«إنه لو اضطر أحد إلى طعام وشراب غيره فطلبه منه فمنعه إياه مع غناه في تلك الحال فمات بذلك، ضمنه المطلوب منه أي يضمن الدية، كما روي عن عمر رضي الله تعالى عنه أنه قضى بذلك، وتعليل ذلك أن المضرور أحق وأولى بالطعام ممن هو في يده، وله أخذه قهراً، فإذا منعه إياه وتسبب في هلاكه بمنع ما يستحقه لزمه الضمان، كما لو أخذ طعامه وشرابه وهلك بذلك»[3].

وهكذا نجد أن الشريعة الإسلامية حدّدت مفهوم التعسف باستعمال الحق بمعيار مادي وهو وقوع الضرر بمعنى أنها لم تكتف بالمعيار المعنوي وهو القصد والنية، وهذا يستخلص من خلال الأمثلة والقواعد التي عرضناها.

---

(1) المادة 1199 من مجلة الأحكام العدلية.

(2) سليم باز شرح مجلة الأحكام العدلية ص 605.

(3) ابن قدامة المغني ج/9 ص 580.

كما أن هذا التأصيل مستمد من خلال آراء الأصوليين ذلك أن الشريعة نظرت إلى الحق نظرة اجتماعية لهذا قيدت الحق سواء بالنسبة لصاحبه أو بالنسبة للغير بقيود هامة وهي:

1 ـ المحافظة على مقصود الشرع.

2 ـ المحافظة على حق الغير فرداً أو جماعة.

بمعنى أن استعمال الحق مهما كان نوعه إذا أفضى إلى الإخلال بهذين الشرطين كان هذا الاستعمال مشوباً بالتعسف وبالتالي كان ممنوعاً حتى في الإباحات، فالشخص في ممارسته لحق أو ممارسته لعمل مباح يتطلب منه أن يكون محافظاً على حق الغير ومقاصد الشرع، وهذان القيدان يمنعان الاعتداء بطبيعتهما، وإلى هذا أشار الإمام الشاطبي فقال:

«أما العادات فمن حق الله تعالى على النظر الكلي ولذلك لا يجوز تحريم ما أحل الله من الطيبات فقد قال تعالى:

﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِىٓ أَخْرَجَ لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزْقِ . . .﴾[1].

وقال تعالى:

﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ لَا تُحَرِّمُوا۟ طَيِّبَٰتِ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكُمْ . . .﴾[2].

فنهى عن التحريم وجعله تعدياً على حق الله تعالى. . . . .

وأيضاً ففي العادات حق الله تعالى من جهة وجه الكسب ووجه الانتفاع؛ لأن حق الغير محافظ عليه شرعاً أيضاً، ولا خيرة فيه للعبد، فهو حق لله تعالى صرفاً في حق الغير، حتى يسقط حقه باختياره في بعض الجزئيات، لا في الأمر الكلي.

ونفس المكلف أيضاً داخلة في هذا الحق، إذ ليس له التسلط على نفسه ولا على عضو من أعضائه بالإتلاف»[3].

---

(1) سورة الأعراف، الآية: 32.

(2) سورة المائدة، الآية: 87.

(3) أبو إسحق الشاطبي إبراهيم اللخمي ـ الموافقات في أصول الشريعة ج/2 ص 322.

«أي فليس كل حق للعبد له إسقاطه، فالنفس للشخص حق المحافظة عليها ولله الحق أيضاً ولكنه لا يسقط إذا أسقطه العبد بتعريضها للتلف بل يؤاخذ المعتدي والمتعرض.

وهكذا كل الضروريات العادية من عقل ونسل ومال»[1].

وهكذا نجد أن الحقوق عامة تقتضي المحافظة على مقصود الشرع وهو بالمحافظة على حق الغير، بمعنى أن استعمال الحق مقيد بالشريعة لصاحب الحق نفسه، كحق الحياة والحق في سلامة جسمه وأعضائه.

فالله سبحانه وتعالى له حق خالص على الفرد في هذه الأمور مباشرة لأن أصل الحق للإنسان ليس خالصاً له لوحده بل فيه حق الله وهو يدخل في شمول حق الاستعباد لقوله تعالى:

﴿وَمَا خَلَقْتُ ٱلْجِنَّ وَٱلْإِنسَ إِلَّا لِيَعْبُدُونِ﴾[2].

وعلى هذا فإزهاق النفس في غير مقصود شرعي أمر محرم ولا يجوز للفرد إسقاطه، لأن فيه حق الله، وحق الله غير قابل للإسقاط، وبالتالي فلا يجوز للإنسان أن يعرض نفسه للهلاك أو أن يتلف أي عضو من أعضائه بمقولة أنه حر في التصرف فيما هو من حقه. لأن هذه الحقوق إذ منحها الله للعباد إنما منحها للانتفاع بالطيبات كما أن للّه فيها حق الاستعباد، وهذه الحقوق وإن يكن الانتفاع فيها على سبيل الاختصاص كحق الملكية والإباحات، فهذه الحقوق ليست مطلقة بل مقيدة بما أقرته الشريعة وأوجبته وهو عدم الاعتداء على الغير.

إذ الأصل أن الطيبات من الرزق أخرجها الله لعباده وقيدها بعدم جواز تحريمها، يمعنى أن التحريم يعتبر تعدياً على حق الله تعالى.

ولما همّ بعض أصحاب رسول الله بتحريم بعض المحلّلات قال عليه الصلاة والسلام:

---

(1) عبد الله دراز هامش الموافقات ج/2 ص 322.

(2) سورة الذاريات، الآية: 56.

«من رَغِبَ عن سنّتي فليس منّي».

وذمّ الله تعالى من حرّم على نفسه شيئاً مما وضعه من الطيبات بقوله تعالى:

﴿مَا جَعَلَ ٱللَّهُ مِنۢ بَحِيرَةٖ وَلَا سَآئِبَةٖ وَلَا وَصِيلَةٖ وَلَا حَامٖ . . .﴾[1].

وقوله تعالى:

﴿وَقَالُواْ هَٰذِهِۦٓ أَنۡعَٰمٞ وَحَرۡثٌ حِجۡرٞ لَّا يَطۡعَمُهَآ إِلَّا مَن نَّشَآءُ بِزَعۡمِهِمۡ﴾[2].

وهكذا نجد أن الله سبحانه وتعالى ذمهم على أشياء في الأنعام والحرث اخترعوها منها مجرد التحريم وهو المقصود هنا[3].

هذه الحقوق إذ منحها الله للعباد إنما للانتفاع بالطيبات ضمن نطاق القيود التي أقرتها الشريعة الإسلامية وأوجبتها، روعي فيها مصلحة الجماعة، بمعنى أن لكل حق صفة مزدوجة وهي مراعاة مصلحة الجماعة إلى جانب مصلحة صاحب الحق يتنسيق دقيق بحيث لا تتعارض فيه المصالح رعاية للحقين معاً لهذا انتفت الصفة الفردية للحق كما تنتفي الصفة الاجتماعية لوحدها لتقيدها بصفة الفردية، لهذا رأت الشريعة لإبقاء على الصفة المزدوجة للحق، وعلى هذا حرم استعمال الحق بما فيه إضرار للغير حتى ولو كان دون قصد. كما حرم أيضاً أن يتخذ صاحب الحق من استعمال حقه ذريعة لتحقيق أغراض غير مشروعة ضارة بالمجتمع، كتحليل محرم أو إسقاط واجب.

فالحقوق إذن ترمي عامة إلى تحقيق أغراضها وهو الأصل على ألا يكون في تحقيقها اعتداء على حقوق الغير بمعنى أن المصالح التي تنجم عن الحقوق يقتضي التنسيق بينها وأعمال أولوياتها.

كما أن نطاق الحق الخاص يقتضي ألا يمس الحق العام، بمعنى أن

(1) سورة المائدة، الآية: 103.

(2) سورة الإنعام، الآية: 138.

(3) الشاطبي ـ الموافقات ج/2 ص 322.

المصلحة الفردية مقيدة بالمصلحة العامة لأن الإنسان مرتبط مع المجتمع ارتباطاً مشتركاً، ومن هنا كان للحقوق الصفة المزدوجة فلا تنفرد الصفة الفردية، فإذا تعارضت المصلحتان قدمت المصلحة العامة على المصلحة الخاصة مراعاة للصفة المزدوجة للحقوق لأن الإنسان يعيش في إطار نظام اجتماعي تراعى فيه مصلحة الجماعة ذلك عند عدم إمكان التوافق بين المصلحتين، وفي هذه الحال يصار إلى التعويض العادل عن صاحب الحق مقابل عدم إمكان تحقيق مصلحته. وإلى هذا أشار العز بن عبد السلام فقال:

«فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة المفسدة ولا نبالي بفوات المصلحة»[1].

هذا المبدأ العام ينطبق على جميع الحقوق بأنواعها بما فيها الحقوق المالية إذ المال أيضاً جار على هذا القيد فلا يجوز للفرد أن يفسد ما له دون مقصد شرعي، وإلى هذا أشار الإمام الشاطبي فقال:

«وأما المال فجارٍ على هذا الأسلوب، فإنه إذا تعين الحق للعبد فله إسقاطه وقد قال تعالى:

﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ وَأَن تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَّكُمْ إِن كُنتُمْ تَعْلَمُونَ . . .﴾[2].

بخلاف ما إذا كان في يده فأراد التصرف فيه وإتلافه في غير مقصد شرعي يبيحه الشارع فلا . .[3].

نخلص من ذلك إلى أن نظرية التعسف في استعمال الحق تنبثق ضرورتها وحمايتها من الصفة المزدوجة للحق، لهذا كان استعمال الحق يقتضي أن يراعى فيه ما لا يناقض مقصد الشارع. فإذا لم يتحقق هذا المقصد كان التعسف قائماً وهذا نلمسه في الحالات التالية:

---

(1) العز بن عبد السلام القواعد ج/1 ص 83.
(2) سورة البقرة، الآية: 280.
(3) الشاطبي الموافقات ج/2 ص 377.

1 - استعمال الحق سلباً أو إيجاباً لمجرد قصد الإضرار بالغير إذ هذا لا يحقق قصد الشارع ولا مصلحة مشروعة.

2 - استعمال الحق بما يحقق مصلحة تافهة لصاحبه لا تتناسب مع الضرر الناجم عن استعمال هذا الحق.

وهنا نلاحظ أن الضرر يفوق النفع التافه ويغلب عليه.

3 - استعمال الحق بشكل مشروع لكنه يترتب عنه ضرر فاحش بالغير، وبغير قصد من صاحبه.

وهذا بالطبع غير مقبول لتعارضه مع المبادىء العامة التي تقتضي مراعاتها إذ القاعدة:

«إن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح».

فالتعسف هنا ظاهر، لأنه يضر بمصلحة الجماعة سواء كان إيجابياً ناجماً عن القيام بعمل كبناء المالك لجدار في أرضه يعلو به بارتفاع يحجب النور والشمس عن بناء جار مجاور له. أو كان سلبياً كامتناع المحتكر عن بيع السلع احتكاراً وتربصاً بالناس لتحقيق الربح الاستغلالي، على الرغم من حاجة الناس للسلعة، هذا الامتناع فيه تعسف وإضرار بالجماعة، وكذا امتناع صاحب الجدار الآيل للسقوط عن هدمه على الرغم من أنه واقع في الطريق العام.

4 - استعمال الحق ذريعة لتحقيق مصلحة غير مشروعة بأسلوب فيه احتيال على قواعد الشريعة ومقاصدها تخلصاً من تكاليفها كهبة بعض الأموال تهرباً من النصاب لإسقاط الزكاة المتوجبة عليه قبل أن يحول الحول، أو بيع العينة وهو العدول عن القرض إلى بيع عينة بذاتها للمستقرض بسعر أعلى[1] توصلاً إلى تحقيق الربا في القرض.

كل هذه الذرائع فيها هدم لقواعد الشريعة وأحكامها لتحليل المحرمات وبالتالي فلا يجوز استعمالها لأن هذا الاستعمال في غير ما شرعت من أجلها، كما أنه تغاير المصلحة المعتبرة هي الأساس في الأحكام.

(1) محمد رواس وحامد قنيبي معجم لغة الفقهاء ص 114.

الفصل الثاني

تأصيل التعسف باستعمال الحق وأدلته وتعابيره

علمنا أن التعسف باستعمال الحق يتحقق في ساحة العمل المشروع وهو مرتبط بفكرة الحق وطبيعته وغايته، ولما كان الحق ليس له طبيعة مطلقة إذ الإنسان يتصرف فيه ويمارسه تبعاً لرغبته أو مشيئته حتى لو أضر بغيره.

لهذا فمن البديهي أن تكون الشريعة الإسلامية ذاتها هي المصدر لإنشاء الحق كما أنها هي الرقيب عليه ولولاها لما وجدت الحقوق لهذا كانت الشريعة أسبق للحق، وإذا كان الأمر كذلك فلا تثريب على الشريعة إذا هي رسمت ساحة الحق ومداها وغايته بمعنى أنه تبعاً لهذا لا يسوغ استعمال الحقوق إلاّ في الحدود المرسومة لها، لأن الشريعة الإسلامية مبينة على مصالح العباد، وأن الحقوق إذ منحها الله لعباده، إنما منحها لتحقيق المقاصد والمصالح التي ترضاها الشريعة، بمعنى أن المكلف في عمل ما تبعاً لحقه يقتضي أن يكون قصده في العمل متفقاً لقصد الله في التشريع.

لأن الحقوق أصلاً لم تشرع لذاتها، إنما هي وسائل شرعت لتحقيق المقاصد الضرورية، وما يتبعها من الحاجات والتحسينات، من هذا المنطلق كانت الحقوق مقيدة بهذه المصالح.

وعلى هذا نستطيع القول إن كل حق يستعمل مناقضاً لهذه المقاصد كان باطلاً لأنه يهدم الأصل الذي تثبت عليه الشريعة ويناقض مقصد الشارع من منح الحقوق، ولهذا كان التعسف مرتبطاً بطبيعة الحق وغايته ومن هنا كانت الحقوق مقيدة ولا يسوغ لصاحب الحق أن يكون ذا سلطة مطلقة في

استعمال حقوقه تبعاً لرغبته ومشيئته ولو أضر بغيره، إذ لو كان الأمر كذلك لما كان هناك من داع لوجود نظرية التعسف باستعمال الحق.

لأن الحق كما قلنا مصدره الشريعة لا ذات الإنسان، وإذا كانت هي التي أنشأته فمن البديهي أن تقيّده لتحقيق مقاصدها، وهي مصالح العباد، ذلك لأن الحقوق وسائل لتحقيق مصلحة الجماعة، بمعنى أن للحقوق وظيفة اجتماعية، وفي ضوء هذا التأصيل لا يسوغ استعمال الحقوق بما يضر بمصلحة الغير ألأ مصلحة الجماعة، ومن هنا كان القيد على الحق ألاّ يساء استعماله. ومن هنا أيضاً تبرز للحق الفردي وظيفة مزدوجة فردية واجتماعية، هذه الصفة ما دامت هي السائدة فإن الحق يبقى محمياً ما دام لا يمس مصلحة الجماعة أو المصلحة العامة، ولعل هذه الصفة المزدوجة للحق هي التي ربطت الحقب بغايته وبطريقة استعماله، لهذا فمن البديهي ألاّ نتصور في الفقه الإسلامي قبول أي تناقض بين الحق وبين طريقة استعماله، بمعنى أنه لا يتصور مطلقاً الانحراف في استعمال الحق عن غايته إذا كان الحق الفردي هو المحمي لوحده، وفي هذه الحالة نجد أنه لا حاجة إلى نظرية التعسف باستعمال الحق كذلك نجد بالمقابل أنه إذا كان الحق القائم في الحياة ذا طابع اجتماعي محض دون أن يكون للفرد أي اعتبار فيه ففي هذه الحالة أيضاً لا مجال لاختلال التوازن بين الصفتين الفردية والاجتماعية، وبالتالي تغيب أيضاً نظرية التعسف باستعمال الحق ولا يعود أي مبرر لوجودها.

وعلى هذا نجد أن نظرية استعمال الحق ضرورية ما دامت الحقوق قائمة في هذه الحياة.

وما دام الأمر كذلك فإن تأصيل هذه النظرية مرده إلى طبيعة الحياة والحقوق القائمة والمتشابكة في نطاق العلاقات والتعامل السائد بين أفراد الناس، بهذا كان من المؤلوف أن تتحقق الموازنة بين الحقوق بما يضمن استقرار التعامل وسيادة العدل والتكافل الاجتماعي، وهذا ما دعت إليه الشريعة الإسلامية في القرآن والسنة إذ هدفها تحقيق المصالح والايتعاد عن المضار.

وما دام الإنسان مساءلاً في هذه الحياة فلا يسوغ له المناهضة لقصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً، أو التذرع بحق ظاهره الجواز إلى هدم مصالح الناس، أو تحليل ما حرم الله أو إسقاط ما أوجبه الله.

ولا شك أن هذا غير مقبول لأنه يرمي إلى إبطال حكم شرعي أو تحقيق مصلحة غير مشروعة في نطاق قاعدة قائمة ومستقرة، وهي أن الأصل مشروعية الحقوق لأنها ما منحت للخلق إلا لجلب المصالح ودرء المفاسد فإذا خرجت عن غايتها[1] سواء كان استعمال الحق لمجرد الإضرار، أو ليحقق مصلحة غير مشروعة، أو كان استعماله دون تحقيق أي نفع. وبهذا يكون من باب العبث، أن يستعمل الحق لتحقيق نفع نافع في حين أنه يلحق ضرراً بالغير فادحاً.

كل هذه الصور مضادة للأصل الذي شرعت من أجله الحقوق التي نص عليها القرآن والسنة، ولهذا نشأت نظرية التعسف في استعمال الحق لإقامة التوازن بين الحقوق الفردية وعدم تعارضها فيما بينها أو بين الحقوق الاجتماعية التي تهدف لاحترام حق الجماعة، وهذا ما سنراه في الأدلة التي أشار إليها القرآن والسنة والأدلة العقلية القائمة في الفقه الإسلامي.

ـ في أدلة التعسف باستعمال الحق:

أشار القرآن والسنة والفقه الإسلامي إلى أدلة عديدة على نظرية التعسف في استعمال الحق وسنورد بعضها على سبيل المثال منها:

1 ـ الإضرار في حق الرضاع:

من المسلم به أن الرضاع حق للأم ولا يجوز أن تضار به، بمعنى أنه لا يجوز أن ندفع المولود لغير أمه لإرضاعه، إذا لم يكن هناك سبب شرعي يوجب إرضاع الغير له حفاظاً على حياته وإلى هذا أشار القرآن:

---

(1) الشاطبي الموافقات ج/2 ص 333.

قال تعالى:

﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ...﴾[1].

هذه الآية تشير إلى حق الرضاع للأم وهي أحق به من غيرها لأنها أحن وأرق على المولود من غيرها.

وفي هذه الآية إشارة إلى عدم جواز انتزاع الطفل من أمه، إذا هي رضيت بإرضاعه مجاناً عند التزاحم في الحقوق.

ولا شك أن إرضاع الولد من غير أمّه دون سبب ما فيه تعسف في حق الرضاع، لأن الأم من حقها إرضاع ولدها حولين كاملين، وإنه ليس للأب أن يسترضع له غيرها إذا هي رضيت بأن ترضعه، وإن الأب إذا أبى استرضاع الأم أجبر عليه[2] لأن استرضاع غيرها فيه احتمال المضارة في نزع الولد منها، كما أنه قد يكون فيه مضارة لحق رضاع الطفل من غير أمه لأن لبن الأم أصح وأدعى للتغذية الصحيحة، فحق الرضاع ذو صفة مزدوجة فيه حق الأم كما أن فيه حق الطفل لأن فيه مصلحة كما أن في هذا الحق واجباً على الأم في إرضاع ولدها فإذا ألفها الطفل ولم يقبل ثدي غيرها، أو لم توجد امرأة غيرها، أو لم يكن للأب مال يستأجر مرضعة ترضعه، كما لم يوجد من يتبرع بإرضاعه أجبرت الأم قضاء على إرضاعه.

كل هذا في سبيل حماية هذا الحق، وعدم التعسف في استعماله لهذا نهى القرآن عن التعسف في حق رضاع الولد إضراراً بأبيه كما أشارت الآية الكريمة.

كما ليس لها بعد أن انتهت عدتها من الطلاق أن تطالب بأجرة لإرضاع طفلها إذا وجد من يرضعه مجاناً ومع ذلك «يؤمر الزوج بأن يحضر الظئر إلى عندها حتى ترضعه في بيتها».

(1) سورة البقرة، الآية: 233.

(2) أبو بكر أحمد الجصاص ـ أحكام القرآن ج/2 ص 104 و105.

وعلى هذا نخلص إلى القول إن الزوجة في الأصل هي الأحق في إرضاع ابنها وليس لأبيه أن ينزعه منها إلا إذا تزوجت ولم ترضعه مجاناً لوجود مرضعة دون أجر.

وقد روى عمر بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمر:

«إن امرأة جاءت بابن لها إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله: إن ابني هذا كان بطني له وعاء، وثديي له سقاء، وحجري له حواء، وأراد أبوه أن ينتزعه مني فقال ﷺ:

«أنت أحق به ما لم تتزوجي»[1].

هذا وفي جميع الأحوال لا يجوز أن يتعسف أحد في استعمال حقه في الإرضاع لا إيجاباً ولا سلباً.

بهذا كانت الآية الآنفة الذكر فيها حماية لحق الأم والأب والطفل من أن يضار أحد بحقه.

بمعنى أن ممارسة الحق تقتضي أن يستعمل الحق الممنوح لصاحبه تبعاً لقصد الشريعة وألا تتخذ منه وسيلة للإضرار.

2 ـ الإضرار في حق الإمساك:

لقد أباحت الشريعة الإسلامية للزوج حق إرجاع زوجته لعصمة نكاحه من طلاق رجعي.

قال تعالى:

﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ وَلَا تَتَّخِذُوٓا۟ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوًا . . .﴾[2].

(1) الجصاص ـ أحكام القرآن ج/2 ص 107 و108.

(2) سورة البقرة، الآية: 231.

هذه الآية تفيد تخويل الزوج إمساك زوجته بمعروف بالإبقاء على حياة الأسرة، وذلك بوسيلة إرجاع الزوج زوجته لعصمة نكاحه بعد أن طلقها طلاقاً رجعياً، إذ الغاية من هذا تحقيق قصد الشارع الذي فيه صلاح المجتمع.

وعلى هذا فلا يجوز للزوج أن يتعسف بهذا الحق إضراراً بزوجته لإلجائها إلى افتداء نفسها.

إذ مثل هذا السلوك يقلب الحق المشروع إلى غير مشروع وإلى هذا أشار الطبري في تفسيره فقال:

قوله تعالى:

﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟﴾.

تكشف هذه الآية عن الأوضاع التي كانت سائدة في بدء الإسلام من قصد الإضرار، بالزوجة تحت ستار حق المراجعة إذ يقول لا تراجعوهن مضارة لهنّ لتطوّلوا عليهن العدة، أو لتأخذوا منهن بعض ما آتيتموهن فتظلموهن بمجاوزتكم حدودي.

قال ابن عباس: كان الرجل يطلق امرأته ثم يراجعها قبل انقضاء عدتها، ثم يطلقها، ويفعل ذلك يضارها ويعضلها فنزلت الآية:

﴿وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ وَلَا تَتَّخِذُوٓا۟ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوًا . . .﴾[1].

وهكذا نجد أن من راجع زوجته ضراراً لها فقد أكسب نفسه الإثم والعقوبة.

هذا وقد أورد الطبري أنه قال إن رجلاً قال لامرأته في عهد النبي ﷺ:

(1) سورة البقرة، الآية: 231.

«لا آويك ولا أدَعك تحلين، قالت: وكيف؟ قال: أطلقك، فإذا دنا مضيّ عدتك راجعتك»[1].

هذا الأسلوب إنما يتبع للإضرار وقد منعته الشريعة الإسلامية لأنها لا تسوغ استعمال حق الرجعة ذريعة للإضرار بالزوجة لأن الأصل وجوب استعمال الحق بما قصد إليه الشارع وهو قصد الإصلاح.

وإلى هذا أشار ابن تيمية في تفسير الآية الملمح ذكرها فقال في تفسير «وبعولتهن أحق بردهن إن أرادوا إصلاحاً».

إن هذا نص في أن الرجعة إنما تثبت لمن قصد الصلاح دون الضرر.

كل هذا يدلنا على أن حق الرجعة التي ناطها الشارع بالزوج إنما قصد بها المحافظة على حياة الأسرة واستئناف الحياة الزوجية إصلاحاً لما صدر من الزوج من تسرع في تطليقها إذ بهذه الرجعة يصلح الضرر الواقع بالطلاق، وإذا كان الأمر كذلك فلا يجوز إذاً إتخاذ هذا الحق ذريعة للإضرار بالزوجة.

وهكذا نجد أن الآية المذكورة إنما هي تأصيل لنظرية التعسف باستعمال الحق، التي هي من أسس الشريعة الإسلامية التي تدعو إلى تجنب الضرر عملاً بقول رسول الله ﷺ:

«لا ضرر ولا ضرار».

3 ـ الإضرار بحق الوصية:

الأصل أن الوصية عمل مشروع وهي من المباحات ومع ذلك فهي وإن كانت تقوم على إرادة الموصى بيد أنها غير مطلقة بل مقيدة بقصد الشارع، فإذا خالفت هذا القصد كانت متمحضة للضرر، وبالتالي اعتبرت باطلة وتوصف بأنها وصية الضرار إذا قصد بها الإضرار بالورثة لهذا منعت الشريعة هذه الوصية.

---

(1) محمد الصابوني ـ مختصر الطبري ج/1 ص 72.

قال تعالى:

﴿... مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖۚ وَصِيَّةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ وَٱللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٞ﴾[1].

أتت هذه الآية بعد أن بين الله سهام الورثة من تركة المورث في الآيات من 11 إلى 14 من سورة النساء التي تضمنت حقوق الأولاد ذكوراً وإناثاً والفروع، وحقوق الأصول كالأب والأم، وحقوق الزوجة، وحقوق الإخوة لأم، كما أشار الله سبحانه وتعالى إلى حقوق الإخوة لأب في آخر سورة النساء.

هذه الآيات التي بين الله سبحانه وتعالى فيها حقوق الورثة وحصة كل منهم، أوصى بالعمل بهذه الفرائض وحض على تطبيقها فهي خير وأنفع للناس وذلك من بعد وصية يوصى بها للميت أو دين تركه عليه، ولعل تقديم الوصية في الذكر على الدين لأنها أخذ شيء من غير عوض قد تكون ثقيلة على الورثة. فقدمها للاعتناء بها، وإن كان الدين مقدماً عليها في الأداء، وكان العطف (بأو) للإيذان بأنهما متساويان في الوجوب متقدمان على القسمة مجموعين أو منفردين.

فآيات المواريث بعد أن بينت حقوق الورثة أشارت إلى أن الحصص توزع حسب المواريث الشرعية، كل هذا بعد وصية يوصى بها أو دين حالة كونه غير مضار في الوصية بأن تكون أكثر من الثلث، وفي الدين بأن يقر بدين لم يقبضه أو يستغرق المال كله[2].

تلك حدود الله فلا يجوز أن ينتهكها أو يتجاوزها لأن هذا إضرار بالورثة، حتى ولو كانت الوصية في حدود الثلث أو أقل منه.

باعتبار أن مثل هذه الوصية يقصد بها الإضرار لأن النهي جاء مطلقاً، يتناول جميع صور المضار منها:

---

(1) سورة النساء، الآية: 12.

(2) محمد حجازي التفسير الواضح ج/1 ص 156.

1 ـ الوصية لأجنبي بالزيادة عن الثلث:

في هذه الصورة تعتبر الوصية باطلة لأن فيها خروجاً عن حدود الله إلا إذا أجازها الورثة أو رضوا بها.

2 ـ الوصية لوارث إضراراً بباقي الورثة:

هذه الصورة أيضاً باطلة لأنها خالفت حديث رسول الله:

«إن الله أعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث».

هاتان الصورتان لا تدخلان في شمول نظرية التعسف باستعمال الحق لأنهما باطلتان لمخالفتهما النصوص الشرعية.

3 ـ الوصية بالثلث أو بما هو أقل منه لأجنبي بقصد الإضرار بالورثة:

في هذه الصورة إساءة لاستعمال الحق، لأن الشريعة أجازت هذه الوصية على ألاّ تكون بقصد الإضرار فاعتبرتها مشروعة، أما إذا كانت بقصد الإضرار فتنقلب هذه الصورة المشروعة إلى صورة غير مشروعة، وهو قياس مذهب الإمام أحمد[1] إذ العبرة على الباعث وهو معيار الصحة في التصرفات والمعاملات.

وإلى هذا أشار ابن تيمية فقال:

«إن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعادات كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فتجعل الشيء حلالاً أو حراماً أو صحيحاً أو فاسداً»[2].

من هذا المنطلق إذن نجد الإضرار بالوصية من الكبائر. كما أن تنفيذ الوصية الضارة يعتبر إعانة على الإثم المنهى عنه بنص صريح بقوله تعالى:

﴿... وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ ...﴾[3].

(1) ابن رجب جامع العلوم والحكم ص 267 و268.
(2) ابن تيمية الفتاوي ج/ 3 ص 36.
(3) سورة المائدة، الآية: 2.

فالشريعة إذن تقيم قواعدها على المقاصد والنوايا وهي الأساس في الاعتبار، وفي ضوئها تتحقق ماهية الفعل من حيث الحلال والحرام بمعنى أن استعمال الحق يقوم على القصد والنية وإلى هذا أشار ابن قيم الجوزية فقال:

«قاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها، أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعادات، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً وصحيحاً أو فاسداً، وطاعة أو معصية، . . . ودلائل هذه القاعدة تفوت الحصر، فمنها قوله تعالى:

﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖۚ﴾[1]

فإنما قدم الوصية على الميراث إذا لم يقصد الموصي الضرار، فإن قصده فللورثة إبطالها وعدم تنفيذها[2].

وهكذا نجد أن الوصية وهي أمر مباح لكنها إذا قصد بها الإضرار كان الباعث عصياناً، وهو بالتالي محرم ذلك أن إخراج الموصى ما له مضارة بالورثة ولو كان دون الثلث فباعثه على ذلك حرمان الورثة من ميراثهم كله أو بعضه، وبهذا تكون وصيته باطلة لأنها خالفت مقاصد الشريعة وإن كانت في الظاهر مصروفة في القُربَ لأن التقرب بإضرار القريب يخالف مقاصد الشريعة التي تحضّ على البر والإحسان به، وبهذا نجد أن الآية هي تأصيل أيضاً لنظرية التعسف في استعمال الحق.

هذه بعض الأدلة من القرآن الكريم على تأصيل نظرية التعسف في استعمال الحق.

أما بالنسبة للسنة هناك أيضاً أدلة عديدة لا مجال لشرحها وإن كنت سأقتصر على بعضها وهي جميعها تنهى عن المضارة، والإساءة في استعمال الحق منها.

---

(1) سورة النساء، الآية: 12.

(2) ابن قيم الجوزية ـ أعلام الموقعين ج/ 3 ص 84.

حديث: «لا يحتكر إلا خاطىء»[1]

وكذا حديث: «لا يبيع حاضر لباد»[2].

إذ هذا النوع من البيع فيه إضرار بأهل البلد إذ فيه طمع لتحقيق ربح على سبيل الاستغلال.

وكذا حديث سمرة بن جندب إذ كان يستعمل حقه في الاستطراق في بستان الأنصاري للوصول إلى نخلته، وبهذا يلحق الضرر في استعمال حقه، وقد أمر رسول الله ﷺ باجتثاث النخلة التي يملكها سمرة لأن بقاءها هو علة بقاء حق الاستطراق في بستان الأنصاري، والاستطراق منشأ الضرر، ولما أبى الأنصاري ذلك قال رسول الله ﷺ:

«إنما أنت مضار»، وقال للأنصاري: «إذهب فاقلع نخله»[3].

وكذا حديث: «لا ضرر ولا ضرار»[4].

وهكذا نرى أن الرسول ﷺ أوجب استئصال شأفة علة الضرر دفعاً للتعسف في استعمال الحق.

وفي هذا تأصيل لنظرية التعسف في استعمال الحق.

هذا وهناك أدلة أخرى مستمدة من روح الشريعة وهي ما جاء بها القضاء الإسلامي مثال ذلك ما قضى به عمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه، بمنع المالك المتعسف في استعمال حقه كإجباره محمد بن مسلمة على السماح للضحاك بن خليفة بالارتفاق بملكه، بأن يمر خليجه في أرض محمد بن مسلمة ما دام هذا الأخير لا يتضرر من ذلك بل ينتفع فأمره عمر أن يخلي سبيله، فقال محمد: لا فقال عمر:

«لِمَ تمنع أخاك ما ينفعه وهو لك نافع تسقى به أولاً وآخراً، وهو لا

---

(1) رواه مسلم والترمذي.

(2) سنن أبي داود ج/ 3 (والمراد بالباد هو القادم من بلد آخر من البادية أو القرية.

(3) ابن رجب جامع العلوم والحكم ص 296.

(4) ابن رجب الحنبلي جامع العلوم والحكم ص 265.

يضرك؟» ولما اصر محمد على المنع أقسم عمر رضي الله عنه بما يدل استنكاره للتعسف بقوله:

«والله ليمرّن به ولو على بطنك»(1).

كذلك ما أفتاه عثمان بن عفان في توريث المطلقة من زوجها طلاقاً باتاً في مرض الموت، إذ الطلاق في هذه الحالة فيه مظنة الفرار من توريث الزوجة وحرمانها حصتها الميراثية وفي هذا إساءة في استعمال حق الطلاق، بهذا كان الرد على هذه الإساءة نقيض ما قصده وقضى بالتوريث.

لأن الطلاق لم يشرع للزوج للإضرار بزوجته بباعث حرمان الزوجة من حقها في الإرث، وعلى هذا كان توريث المبتوتة في مرض الموت دفعاً للظلم ومحافظة على حقها ورداً على الباعث غير المشروع، كما أنه عقاب فرضته الشريعة إعمالاً للمصلحة العامة، ودفعاً لدابر الفساد الذي كثر الظن بتوقع وقوعه.

ولا شك أن في هذا الحكم تأصيلاً لنظرية التعسف في استعمال الحق.

وهكذا نخلص إلى أن الأدلة التي ذكرناها من الكتاب والسنة وفقه الصحابة إنما تهدف إلى منع الإساءة في استعمال الحق عملاً بقاعدة لا ضرر ولا ضرار، بمعنى أنه يقتضي:

1 ـ دفع الضرر قبل وقوعه.

2 ـ إزالة الضرر بعد وقوعه.

ذلك أن الضرر في الإساءة في استعمال الحق إما أن يكون واقعاً أو متوقعاً وفي الحالتين يقتضي دفعه سواء قبل وقوعه أو بعد وقوعه بقاعدة «الضرر يزال»، وكذا بقاعدة: «الضرر يدفع بقدر الإمكان»(2).

---

(1) المنتقى على الموطأ ج/6 ص 47.

(2) مجلة الأحكام العدلية مادة ـ 31.

ضبط معيار التعسف في استعمال الحق

يتحقق ضبط التعسف بتحقق عناصر أساسية هي لقيام هذا التعسف باستعمال الحق وهي:

أولاً ـ عنصر الضرر القصدي:

تقوم نظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة الإسلامية على أساس الضرر المتوقع أو الواقع، والناجم عن الإساءة في استعمال الحق، أو عن الفعل الخاطىء القصدي أو الإهمال الذي يمكن أن ينجم عن استعمال الميزة الطبيعية الخالصة لصاحب الحق، لذلك وقف الشارع إزاءها معارضاً إذا كانت معارضة لمصلحة أخرى.

وقد تكون مصلحة صاحب الحق مشروعة وتحقق منفعة له أقرها الشارع، ولكن لتعارضها لمصلحة أخرى راجحة أصبح مستعمل الحق يخالف في استعماله مقصد الشارع وهو تحقيق المصلحة العامة وضرورة رجحانها على غيرها من المصالح، ما دام صاحب الحق، وإن كان يحقق منفعة لنفسه ولكنه يلحق مفسدة بحق الغير هذا التأصيل في السلوك مرده إلى أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح.

وعلى هذا نستطيع القول إن التعسف هو إنحراف بالحق عن الغاية التي شرع من أجلها هذا الحق، أي أن التعسف يخرج عن الإطار التشريعي العام فيضر بمصلحة هي أولى بالرعاية والحماية في ضوء القواعد الشرعية، بمعنى أن المصلحة الراجحة لا يجوز إهدارها تجاه مصلحة مرجوحة.

فمصلحة صاحب الحق وإن كانت مشروعة ومرجوحة تضحى غير مشروعة عند تعارضها مع مصلحة أخرى أولى بالرعاية فإذا انتفى التعارض عادت المشروعية على خلاف المصالح الممنوعة أو المحرمة فهي لا تحل إلاّ بحالة الضرورة عملاً بقوله تعالى:

﴿. . .وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ . . .﴾[1].

---

(1) سورة الأنعام، الآية: 119.

ومن هنا نخلص إلى أن معيار ضبط التعسف يقوم على عنصر هام وهو الموازنة بين المنفعة الشخصية والمصلحة العامة الاجتماعية، بمعنى أن التعسف يتعارض مع المصلحة الاجتماعية، وهذه مفسدة يجب درؤها تحقيقاً لروح التضامن والتكافل الاجتماعي، مثال ذلك حجر المفلس فيه مفسدة لحقه ولكن فيه مصلحة الغرماء الواجب تقديمها على مصلحته إطلاقاً.

وفي هذا دفع لأعظم الضررين، إذ الضرر الخاص يتحمل لدفع الضرر العام ومن هنا كان عنصر الضرر هو المعيار الذاتي لتحقق التعسف باستعمال الحق.

هذا وإذا كانت المصلحة الاجتماعية مقدمة، وهي أولى بالرعاية نتيجة الموازنة بينها وبين المصلحة الخاصة نستطيع القول إذن إن التعسف في استعمال الحق لا يعني التجاوز، لأن التجاوز فيه اعتداء على حق الغير مباشرة دون أن يكون للمتجاوز أي حق تجاه المتجاوز عليه، ففعله غير مشروع في التجاوز أو في إساءة استعمال الحق، مثال ذلك من أوصى بمال من تركته بما زاد على الثلث يعتبر متجاوزاً فيه حدود حقه الشرعي وهو الثلث، فما زاد على ذلك فهو غير مشروع، فهنا التجاوز لا يعتبر تعسفاً لعدم وجود حق له أصلاً في هذه الزيادة، ففي الزيادة يعتبر متعدياً لا متعسفاً لعدوم وجود مستند شرعي لهذا التصرف.

أما في حدود الثلث فهذا حقه، ومع ذلك إذا كان الموصي قد قصد الإضرار بالورثة فيعتبر متعسفاً بذلك.

لأن أصل فعله في هذا مشروع تبعاً لقاعدة:

«لا ضرر ولا ضرار في الإسلام».

ولكن بما أنه قصد الضرر فالتعسف هنا وارد في كيفية استعمال صاحب الحق حقه، أما ما كان فيه مجاوزة الحق أو الاعتداء عليه فهو غير مشروع لعدم قيام مبرر شرعي له.

وهكذا نجد أن استعمال الحق يضحي غير مشروع إذا نجم عنه للغير ضرر فاحش ولو كان دون قصد، في حين أن التجاوز لحدود الحق ممنوع مهما كان نوع الضرر أو مقداره وبهذا يترتب البطلان جزاء تحقق الإضرار.

ومع ذلك نرى فرقاً في التوصيف بين التعسف والتجاوز أذ الآثار التي تترتب على التعسف تختلف عن الآثار التي تترتب على التجاوز. وهذه الآثار تظهر في الجزاء.

في جزاء التعسف:

يترتب الجزاء على نوعين من التعسف، التعسف في التصرفات القولية والتعسف في التصرفات العقلية.

1 ـ التعسف في التصرفات القولية:

هذا التعسف يكون نتيجة لباعث غير مشروع يهدف إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة.

جزاء هذا النوع من التعسف هو إبطال التصرف، وهذا الجزاء جزاء دنيوي مثال ذلك: من يهب أمواله هبة صورية قبل انتهاء الحول إسقاطاً لنصاب الزكاة وتهرباً من الالتزام بها، هذه الهبة تعتبر قابلة للإبطال.

أما الجزاء الأخروي فهو ترتب الإثم يوم القيامة على المتعسف لخروجه عن مقاصد الشرع.

2 ـ التعسف في التصرفات الفعلية:

هذا التعسف يقصد به الإضرار بالغير، ويقع الضرر به فعلاً، لهذا فإن الجزاء الدنيوي أيضاً هو رفع هذا الضرر ويكون ذلك عن طريق التعويض العادل منعاً لدوام استمراره في المستقبل، أو عن طريق إزالة آثار الضرر عيناً إذا أمكن ذلك لأن الغالب أن الضرر الواقع لا يزال، هذا بالنسبة للجزاء الدنيوي.

أما الجزاء الأخروي فإنه يترتب بمجرد أن يكون قصد الضرر ولكن لم يقع الضرر فالعقوبة هنا أخروية.

ثانياً: ـ عنصر التعارض بين المنفعة الشخصية والمصلحة الاجتماعية:

هذا العنصر يتحقق نتيجة الانحراف بالحق عما شرع له من حكمة أو

مصلحة بمعنى أن هذا الانحراف أيضاً محقق غرضاً غير مشروع سواء كانت نتيجة سلوك ظاهره الانحراف أو نتيجة سلوك ظاهره الشرعية ولكنه يخفي تحايلاً على مقاصد الشرع لبلوغ مقصد لم يشرع الحكم من أجله فيكون في هذه الحالة باطلاً لمناقضته لمقاصد الشرع، ذلك أن الحيل في الدين بالمعنى المذكور غير مشروعة بالجملة، والدليل على ذلك قائم في الكتاب والسنة مما لا يدخل تحت حصر ومع ذلك نجدها في خصومات قائمة يفهم من مجموعها منعها والنهي عنها على وجه القطع.

مثال ذلك قوله تعالى:

﴿وَمِنَ ٱلنَّاسِ مَن يَقُولُ ءَامَنَّا بِٱللَّهِ وَبِٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ وَمَا هُم بِمُؤْمِنِينَ * يُخَٰدِعُونَ ٱللَّهَ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ وَمَا يَخْدَعُونَ إِلَّآ أَنفُسَهُمْ وَمَا يَشْعُرُونَ﴾[1].

وقوله تعالى:

﴿وَٱلَّذِينَ يُنفِقُونَ أَمْوَٰلَهُمْ رِئَآءَ ٱلنَّاسِ وَلَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْءَاخِرِ . . .﴾[2].

وقوله تعالى:

﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟ وَمَن يَفْعَلْ ذَٰلِكَ فَقَدْ ظَلَمَ نَفْسَهُۥ وَلَا تَتَّخِذُوٓا۟ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوًا . . .﴾[3].

وقد فسرت هذه الآيات بما يفيد معناها المقصود من المضارة إذ أن الله حرم على الرجل أن يرتجع المرأة إلى عصمة نكاحه لضمارتها أن يطلقها ثم يهملها حتى تشارف انقضاء العدة ثم يرتجعها ثم يطلقها حتى تشارف انقضاء العدة وهكذا لا يرتجعها لغرض له فيها سوى الأضرار بها.

---

(1) سورة البقرة، الآية: 8، 9.

(2) سورة النساء، الآية: 38.

(3) سورة البقرة، الآية: 231.

وكذا الحديث الشريف فقد نهى عن الاحتيال لإسقاط الواجب أو تقليله فقال:

«لا ترتكبوا ما ارتكبت اليهود والنصارى، يستحلون محارم الله بأدنى الحيل».

ويروي موقوفاً عن ابن عباس ومرفوعاً:

«يأتي على الناس زمان يستحلّ فيه خمسة أشياء بخمسة أشياء يستحلون الخمر بأسماء يسمونها بها، والسحت بالهدية، والقتل بالرهبة، والزنى بالنكاح، والربا بالبيع».

وقال: «لعن الله المحِلّل والمحلَّلَ له».

وعلى هذا فإن التحيل على قلب الأحكام ظاهراً غير جائز[1]، ذلك أن العبرة بمقاصد الشرع وقد أصل الإمام الشاطبي هذا المعيار فقال:

«لما ثبت أن الأحكام شرعت لمصالح العبد كانت الأعمال معتبرة بذلك، لأنه مقصود الشارع منها، كما تبين فإذا كان الأمر في ظاهره وباطنه على أصل المشروعية فلا إشكال، وإن كان الظاهر موافقاً والمصلحة مخالفة، فالفعل غير صحيح وغير مشروع لأن الأعمال الشرعية ليست مقصودة لأنفسها، وإنما قصد بها أمور أخرى، هي معانيها، وهي المصالح التي شرعت من أجلها، فالذي عمل من ذلك على غير هذا الوضع فليس على وضع المشروعات[2]».

وعلى هذا نجد أن الحيل تفوت المصالح المقصودة من الشتريع وبالتالي تعتبر باطلة نتيجة الإساءة في استعمال الحق بهذه الوسيلة غير المشروعة، وقد أشار إلى هذا الشاطبي فضرب مثلاً في الزوجة التي تفتدي نفسها نتيجة إضرار زوجها للوصول إلى الفراق فقال:

«الفدية شرعت للزوجة هرباً من أن لا يقيما حدود الله في ما بينها».

(1) الشاطبي الموافقات ج/2 ص 384.

(2) الإمام الشاطبي ـ الموافقات ج/2 ص 385.

«فأبيح للمرأة أن تشتري عصمتها من الزوج عن طيب نفسه منها، خوفاً من الوقوع في المحظور، فهذه بذلت مالها طلباً لصلاح الحال بينها وبين زوجها وهو التسريح بإحسان، وهو مقصد شرعي مطابق للمصلحة لا فساد فيه حالاً ولا مآلاً، فإذا أضر بها لتفتدي منه فقد عمل هو بغير المشروع حين أضر بها لغير موجب مع القدرة على الوصول إلى الفراق من غير إضرار، فلم يكن التسريح إذا طلبته بالفداء تسريحاً بإحسان ولا خوفاً من أن لا يقيما حدود الله لأنه فداء مضطر وإن كان جائزاً لها من جهة الاضطرار والخروج من الإضرار، وصار غير جائز له إذ وضع على غير مشروع[1]».

من خلال هذه الصورة التي قدمها الشاطبي نستطيع أن نقول إن الإساءة في استعمال الحق تتحقق كلما تعارضت المصلحة الشخصية مع المصلحة الاجتماعية، بمعنى أن يقوم التناقض بين المنفعة الشخصية والمصلحة الاجتماعية إذن كلما تحقق العنصر الثاني كان السلوك منحرفاً، وكانت الإساءة في استعمال الحق قائمة لأنها هدفت إلى وضع غير مشروع.

في ضوء ما ذكرناه نستطيع أن نحدد مفهوم التعسف في استعمال الحق بأنه:

هو استعمال الحق على وجه يناقض قصد الشارع على الوجه المطلوب ويكون هذا بتذرع جائز ظاهره الجواز، إنما يفضي إلى تحريم، أو إسقاط ما أوجبه الله، كبيع العينة للتوصل إلى الربا فهو محرم، أو هبة المال صورياً احتيالاً على مقاصد الشريعة لأسقاط الزكاة.

وهكذا نخلص من هذا التحديد لمفهوم التعسف إلى أنه يعتمد الاستعمال المشروع لتحقيق مصالح غير مشروعة مهما كانت صورة القصد غير المشروع ظاهره أم باطنه ما دامت تضر بمصلحة الغير.

فالمعيار الضابط لوجود التعسف أو عدمه هو مسلك الرجل الحريص على تحقيق مصالح الشريعة وهو المسلك الواجب الاتباع عند ممارسة المرء لحقوقه أو ممارسته للإباحات بما يتفق مع القصد المشروع.

(1) المرجع السابق ج/2 ص 386.

بمعنى أن العبرة بالقصد فكلما كان القصد من استعمال الحق مشروعاً يقتضي أن يكون متفقاً مع قصد الله من الشريعة وبهذا يكون الباعث مشروعاً والغاية مشروعة، وبهذا تتحدد المقاصد والنوايا عملاً بالحديث الشريف:

«إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء ما نوى».

وفي ضوء هذا ترتب آثار التصرفات من حيث الجزاء الدنيوي أو الأخروي، إذ الأمور بمقاصدها.

فإذا سلك الشخص في استعمال حقه المشروع مسلكاً يهدف لقصد غير مشروع فإن هذا السلوك لا يعصمه من أن يعتبر غير مشروع ويكون قابلاً للإبطال فضلاً عن ترتب الجزاء وعلى هذا فالمسلك للحقوق المشروعة لا يكتفي بأن يكون ظاهره موافقاً للشرع، بل العبرة للغاية، أي أن يكون قصد المتصرف متطابقاً مع قصد الشرع ظاهراً وباطناً أي أن يكون قصد المكلف في العمل موافقاً لقصد الله في التشريع، فكل مسلك يخرج عن هذا الرسم يكون منحرفاً عن السلوك الواجب الاتباع في الأعمال المشروعة وعلى هذا:

فكل من ابتغى في تكاليف الشريعة غير ما شرعت له فقد ناقض الشريعة، وكل من ناقضها فعمله في المناقضة باطل، فمن ابتغى في التكاليف ما لم تشرع له فعمله باطل إذ المشروعات وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولف بها جلب مصلحة ولا درء مفسدة[1]».

ولا شك أن الشريعة وضعت لمصالح العباد عموماً وإطلاقاً فمن البديهي أن تجري الأفعال على مقتضاها وألاّ يقصد المكلف خلافها فيكون بذلك قد خرج عن مقاصدها وناقض قصد الشارع.

«فقد مرّ أن قصد الشارع المحافظة على الضروريات وما رجع إليها من الحاجات والتحسينات، وهو عين ما كلف به العبد، فلا بد أن يكون مطلوباً

(1) الشاطبي - الموافقات ج/2 ص 333.

بالقصد إلى ذلك، وإلاّ لم يكن عاملاً على المحافظة لأن الأعمال بالنيات[1]».

هكذا علمنا ضبط المعيار للتعسف سواء كان قائماً على العنصر المادي وهو الإضرار أو قائماً على العنصر المعنوي النفسي وهو نية الإضرار، هذان العنصران يحددهما الحديث الشريف الذي يقرر مبدأ عاماً «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام».

هذا المبدأ يقرر:

1 - رفض استعمال الحق بقصد الإضرار بالغير وهو معيار ذاتي.

2 - رفض استعمال الحق لتحقيق منفعة قليلة الأهمية ولا تتناسب مع الإضرار التي تصيب الغير من جراء ذلك، وهذا معيار موضوعي.

3 - رفض استعمال الحق بقصد تحقيق النفع لصاحبه مع توفر الإضرار بالغير وهنا اجتمع قصدان قصد النفع للنفس وقصد الإضرار بالغير وهذا معيار مختلط، وهذا الاستعمال للحق مرفوض بقاعدة «درء المفاسد أولى من جلب المنافع» بمعنى أنه إذا أمكن تحصيل المنفعة ودرء المفسدة في آن واحد كان العمل مشروعاً، امتثالاً لقوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ . . .﴾[2].

وإذا تعذر ذلك الدرء والمنفعة وكانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة دون النظر إلى المصلحة مطلقة ولو فاتت.

4 - رفض استعمال الحق ذريعة للاحتيال على مقاصد الشريعة وقواعدها، إذ هذا غير مشروع وما دامت المصلحة غير مشروعة فالباعث غير مشروع وهنا نلاحظ أن المعيار مختلط أيضاً.

هذه المبادىء والقواعد التي أقامتها الشريعة الإسلامية هي بعمومها

(1) المرجع السابق ص 331.

(2) سورة التغابن، الآية: 16.

ضابطة لجميع التصرفات من أفعال وأقوال وهي التي ترمي إلى تحقيق غاية الحق وهو استعمال الحق وفقاً لغايته أما إذا كان «استعمال الحق في غير ما شرع من أجله[1]»، فقد خرج الحق عن غايته وتحققت بالتالي نظرية إساءة استعمال الحق، وعلى هذا نجد أن هذه النظرية تدور مع غاية الحق وجوداً وعدماً سواء قام التعسف على عنصر مادي أو معنوي أو مختلط وسواء كان القصد الذي تمحض به الإضرار بالغير مادياً ظاهراً، أو كان القصد معنوياً ينطوي على نية يستفاد منها مظنة الإضرار بالغير التي تستخلص من القرائن.

هذا ويبدو أن ضوابط النظرية ما دامت مرتبطة بغاية الحق، فإن هذه الضوابط جميعها تقوم على دوافع المحبة والتعاون والتكافل الاجتماعي الذي توجبه الشريعة الإسلامية من منطق الحديث الشريف إذ ينص:

«أحب لأخيك ما تحب لنفسك».

ومن منطلق الآية الكريمة».

﴿. . . وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ ۚ . . .﴾[2].

كل هذه الأمور وسائل لكشف ومعرفة قصد الفاعل المناقض لقصد الله في التشريع فكل ما كان التصرف موافقاً لهذا القصد كان تصرف الفاعل سليماً ومتفقاً مع غاية الحق.

على أن المذاهب اختلفت في وسيلة الكشف عن قصد الفاعل فالحنابلة والمالكية أقروا اعتماد القرائن وظروف الحال التي منها تستخلص الدلالة على النية والقصد، وإن كان الشافعية اعتمدوا الإرادة الظاهرة التي يفصح عنها في القول أو الكتابة وهي عندهم أدعى لاستقرار المعاملات.

هذا ولا يسعنا في ختام هذا البحث إلاّ أن نشير إلى أن هناك فارقاً بين التعدي على الحق والتعسف في استعمال الحق.

---

(1) الشاطبي الموافقات ج/2 ص 382.

(2) سورة المائدة، الآية: 2.

فالتعدي في الفقه الإسلامي يقرب من الخطأ في المسؤولية التقصيرية وهو عمل غير مشروع لذاته أصلاً، لأنه لا يتسند إلى حق أو جواز شرعي ابتداءً بينما التعسف في استعمال الحق نجد فيه أن الفعل يعتمد إلى وجود حق ابتداء يحقق عن طريقه نفعاً تبعاً لمصلحة قائمة، فإذا استعمل هذا الحق بقصد الإضرار كان الفعل فيه إنحرافاً عن القواعد الشرعية التي تنص أنه «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام».

إذ العمل يعتبر مذموماً إذا نجم عن إساءة استعمال الحق أو الإباحات، فالمكلف عليه أن يتصرف بالنعمة طبقاً لما رسمه الشارع، أي وفقاً لقصد الله في التشريع للانتفاع بالحق.

فإذا كان كذلك كان عمله سليماً، ولا لوم عليه، أما إذا انحرف عن هذا السلوك الواجب الاتباع فقد أساء إلى عين النعمة بل إلى طريقة استعمالها أو الانتفاع بها، إذ الذم يكون لسوك الشخص وليس لأصل النعمة بل للانحراف عن الوجه المشروع، فما جاء وفقاً لقصد الشارع كانت شكراً، وإن جاء على خلافه كان إساءة استعمال الحق، وهو من كفران النعمة، وإلى هذا أشار الإمام الشاطبي فقال:

«إن إساءة استعمال الحق من كفران النعمة وإن النعمة إذا جرت في التكليف بحسب المشروع فذلك هو الشكر الذي أنزلت الشريعة بيان وجهه[1]».

وهكذا نجد أن فيصل التفرقة بين التعدي وبين الإساءة في استعمال الحق من خلال المعايير التي سردناها أن الحق يجب أن يؤدي غايته فهو غير مقيد بحدوده الموضوعية فقط، كما أنه ليس بغاية في ذاته، لأن مصدره منحة من الله سبحانه وتعالى، ولهذا وجب أن يؤدي في الحدود المرسومة له لتحقيق مقاصده الشرعية، وكل انحراف عن هذه المقاصد هو إساءة في استعمال هذا الحق، فالأصل إذن مشروع، والانحراف هو الإساءة بينما في التعدي نجد أن أصل الفعل غير مشروع لهذا لا يمكن أن نصف إساءة

(1) الشاطبي الموافقات ج/ 3 ص 83 ـ 219.

استعمال الحق بأنه من باب التعدي لاختلاف المنطلق، فالأول منطلق مشروع بينما الثاني وهو التعدي منطلق غير مشروع.

كما أن هناك فارقاً آخر، وهو بالنسبة للإساءة في استعمال الحق يعني اختلال التوازن بين مصلحة المنتفع والمصلحة العامة اختلالاً لجانب المصلحة الفردية، وفي هذا ترجيح لجانب المصلحة الفردية المضرة بالمصلحة الاجتماعية، مما يتعين أبطاله لأن المفسدة غلبت لهذا يعتبر صاحب الحق في هذه الصورة متعسفاً في استعمال الحق، لأن الفعل تمحض للضرر من جهة كما أن الباعث غير مشروع فكلما تحقق هذان العنصران المادي والمعنوي كان التعسف قائماً.

وكتب الفقه مليئة بالتطبيقات على قيام هذين العنصرين كتوريث المبتوته في مرض الموت، فهنا القصد هو الإضرار وكذلك في قضية غيلان بن سلمة لما طلق نساءه وقسم أمواله على بنيه قال له عمر رضي الله عنه لتراجعن نساءك ولترجعن مالك، أو لأورثن نساءك[1]».

وكذلك حين أفتى عثمان بن عفان رضي الله عنه بتوريث تماضر زوجة عبد الرحمن بن عوف منه حين طلقها في مرض موته[2].

هذا كما أن قصد الإضرار يتحقق بقرينة انتفاء المصلحة المشروعة ومرد قبول هذا صعوبة تبين النية لهذا استدل عليها بالقرائن على تمحّض قصد الإضرار كمن يمنع غيره من الإرتفاق بأرضه إذا ترتب لكليهما منفعة، فالمنع هنا قرينة على الإضرار.

وهكذا نجد أن المعيار الشخصي يقتضي معرفة العوامل النفسية التي دفعت صاحب الحق إلى التصرف بحقه من منطلق قصد الإضرار أو الباعث الذي حركه أيضاً في استعمال حقه في غير المصالح المشروعة التي وجد من أجلها وهنا بالطبع يكون التصرف باطلاً ويكشف عن القصد أو الباعث عن طريق الوسيلة المستعملة، مثال ذلك حق الولاية على النفس وإن كان أباً فله

(1) ابن تيمية فتاويه ج/3 ص 143.

(2) ابن الجوزية أعلام الموقعين ج/2 ص 126.

أن يمارسها على وجه المصلحة فإن خالفها كان متعسفاً ومستعملاً للحق في غير المصلحة التي شرع من أجلها كتزويج الأب لابنته الموسرة المرغوب فيها من شخص معدوم وفي هذا ضرر، فيمنع من ذلك.

وكذا ولاية الزوج على زوجته ولاية تأديبية هذا الحق مقرر في القرآن بقوله تعالى:

﴿... وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِي ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا...﴾[1].

غاية هذا الحق التأديب فإذا خرج الزوج عن هذه الغاية كان متعسفاً لانحراف الحق عن غايته التي شرع من أجلها.

أما المعيار المادي فضابطه عدم التناسب بين ما يحققه صاحب الحق من منفعة وما يلحق من ضرر فاحش بالغير وفي هذا مفسدة تظهرها الموازنة بين مآلات الأفعال، لهذا يدفع الضرر الأشد بالضرر الأخف نتيجة عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق والضرر اللاحق بالغير فضابط استعمال الحق هنا غلبة المصلحة على المفسدة، فرجحان المفسدة هو العلة في تحقيق التعسف في استعمال الحق.

كمن يغرس في أرض الغير، فحق صاحب الأرض مقدم لأن ضرره أشد فيدفع بالضرر الأخف تحقيقاً لروح العدالة.

وهكذا نستطيع أن نقول إن جميع الحقوق والحريات والإباحات محكومة بنظرية التعسف في استعمال الحق بمعنى أنها مقيدة بمصالح وغايات اجتماعية وإنسانية تبعاً لطبيعة الحق أو الرخصة فلا يسوغ استعمالها من حيث مآلها أو بواعثها على نحو يناقض مقاصد الشريعة.

لهذا وجب أن يكون استعمالها مشروعاً.

«تم بحمد الله وعونه»

---

(1) سورة النساء، الآية: 34.

فهرس الشريعة الإسلامية في القرآن

الجزء الثالث

